Erfolgsgefahrtragung bei Dienst-, Werk- und Geschäftsbesorgungsvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaften
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Schrödter
Referendar in Halberstadt

Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg, Bottrop i.W.

1934

Referent: Professor Dr. Boehmer.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalt.

Seite:

Schrifttum VII

Erster Teil:

1. Kapitel. Gefahr und Gefahrtragung im BGB 1

§ 1. Allgemeines über die Begriffe „Gefahr, Gefahrtragung und Gefahrübergang 1

§ 2. Die Gefahrtragung bei Gattungsschulden 4

§ 3. Die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen 5

2. Kapitel. Erfolgsgefahr und Erfolgsgefahrtragung 10

§ 4. Das Wesen der Erfolgsgefahrtragung bei Dienst- und Werkververtrag und ihr Verhältnis zur Gefahrtragung im Sinne des BGB 10

§ 5. Eine Würdigung der Ansicht Rümelin's von der Bedeutung der Erfolgsgefahrtragung für die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag 13

§ 6. Die Bedeutung der Erfolgsgefahrtragung. Ueberblick 20

Zweiter Teil:

1. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Dienstvertrag 22

§ 7. Grundsätzliches über die Gefahrverteilung 22

§ 8. Die Verschärfung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers durch den § 615 23

1. Die Behandlung und Auslegung des § 615 in der Wissenschaft und Rechtsprechung 23
   a) Die zivilistische Methode 23
   b) Die arbeitsrechtliche Methode 27

2. Kritik und eigene Ansicht über die Verteilung der Erfolgsgefahr im § 615 32

§ 9. Die Verschärfung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers durch den § 616 42

2. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Werkvertrag 44

§ 10. Die grundsätzliche Stellung des Gesetzes in dem § 644, Abs. 1, S. 1 44

§ 11. Die Entlastung des Unternehmers von der Erfolgsgefahr nach Vollendung des Werkes 52

1. Die Entlastung durch die §§ 644, Abs. 1, S. 2; Abs. 2 und 645 52

2. Die Entlastung des Unternehmers durch entsprechende Anwendung einiger Grundsätze über die Gefahrtragung beim Kauf 54

Seite:

§ 12. Die Entlastung des Unternehmers vor Vollendung des Werks . 57
1. Allgemeines 57
2. Die Entlastung durch den § 642 58
3. Die Entlastung durch entsprechende Anwendung der §§ 642, 645, 649 62
4. Die Entlastung durch den § 645 66

3. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Geschäftsbesorgungsvertrag . 68

4. Kapitel. Zusammenfassung 72

Schrifttum.

1. Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug in Gruchots Beitr. Bd. 54, S. 495 ff.
2. Brinz, Pandekten Bd. II, 1873.
3. von Buchholz, Das Einstehen für den Zufall bei der Werkverdingung in Zeitschr. f. Zivilrecht und Praxis, Bd. 8.
4. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.
   System des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
5. Dnistrjanskyj, Zur Lehre von der Geschäftsbesorgung in Jher. Jahrb. Bd. 77, S. 48 ff.
6. Dochnahl, Gefahrtragung bei der Werkverdingung in Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 241 ff.
7. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1898.
8. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1930.
9. Exner, Der Begriff der „höheren Gewalt" im römischen und heutigen Verkehrsrecht, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 10, S. 427.
10. Fischer, H. A., Besprechung von Rümelin's „Dienstvertrag und Werkvertrag" in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 58, S. 262.
    Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden in Jher. Jahrb. Bd. 51, S. 226.
11. Förster, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 1865.
12. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht Bd. III, 1918.
13. Groh, Koalitionsrecht, 1923.
14. Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB, 1898.
15. Harmsen, Lohnzahlung bei Betriebsstockungen, 1925.
16. Hedemann, Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, in der Jenaer Festschrift für Rosenthal, 1923, S. 173.
17. Hoeniger, Heinr., Die Grundformen des Arbeitsvertrags. Einleitung zu Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, 1925, I ff.
    Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrag, in Jur. Wochenschrift 1922, S. 1703.
18. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 1927.
19. Jacobi, Die Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag in Jher. Jahrb. Bd. 45, S. 280.
20. Kaskel, Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, in Neue Zeitschr. für Arb.-Recht, 1922, S. 1 ff.
21. Kentenich, Rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach BGB. Erlanger Diss. 1898.
22. Kisch, Wilh., Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
23. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil II, Bd. 1, 1918.
    Zwölf Studien. Der Gläubigerverzug. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 13.
24. Koch, Allgemeines Landrecht, Teil 1, 1884.

25. Lenel, die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. Jher. Jahrb. Bd. 44, S. 32 ff.
Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 129, S. 1 ff.
26. Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Zwei Bände. 1902—1908.
27. Martius, Der Bergführervertrag. 1906.
28. Meyer, Alex, Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung. 1906.
29. Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages. 1925.
30. Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht, Bd. 1, 1855.
31. Motive, Motive zum Entwurf des BGB. Bd. 2, 1928.
32. Mugdan, Materialien Bd. II, 1899.
33. Nikisch, Anstellungsvertrag und Betriebsrisiko. Neue Zeitschr. für Arb.-Recht 1933, S. 57 f.
34. Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung. Grünhuts Zeitschr. Bd. 24, S. 1 ff.
Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 116, S. 1 ff.
Kommentar zum BGB, Schuldrecht 2. 1929.
Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. Leipz. Zeitschr. 1927, S. 1177 ff.
35. Paszotta, Rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gem. röm. Recht. Greifswalder Diss. 1889.
36. Planck-Siber, Kommentar, Schuldrecht 1, 1914.
37. Planck-Brodmann, Kommentar. Schuldrecht 2, 1928.
38. Potthoff, Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis. Jur. Wochenschr. 1922, S. 551.
39. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 2, Bd. 3; 1899.
40. Reichsgerichtsrätekommentar, Bd. 2; 1929, VII. Auflage.
41. Riezler, Der Werkvertrag; 1900.
42. Rosenberg, Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag. Jher. Jahrb. Bd. 43.
43. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 1905.
Der Zufall im Recht; 1896.
44. Schmauser, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht. Erlanger Diss. 1891.
45. Schmidt, Paul, Worin weichen die Regeln des BGB über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Diss. 1903.
46. Schmidt, Rud., Gesetzeskonkurrenz. 1915.
47. Schmoll, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtung der Kontrahenten? Straßburger Diss. 1889.
48. Schöller, Schuldhafte Nichterfüllung von Verträgen. Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 1 ff.
49. Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB; 1903.
50. Sinzheimer, Ein Rechtssystem der Arbeit, im Arch. Bürg. Recht, Bd. 34.
51. Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2 und 3, 1929.
52. Stern, Gefahrtragung. Marburger Diss. 1910.
53. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts; 1855.
Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. III; 1885.
54. Strohal, Ein Vortrag in Jher. Jahrb. Bd. 33, S. 385 ff.

55. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Die Risikofrage im Arbeitsverhältnis. Jur. Wochenschr. 1922, S. 548.
56. Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
57. Trautmann, Unmöglichkeit der Leistungen und Annahmeverzug bei Arbeitsverträgen. Gruchots Beitr. Bd. 59, S. 450.
58. Ury, Gefahrtragung bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht. Erlanger Diss. 1897.
59. Wächter, Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Arch. Ziv. Prax. Bd. 15, 1832.
60. Wuppermann, Worin weichen die Regeln des BGB über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Diss. 1902.

Außer den oben angeführten Schriften sind noch einige Entscheidungen des Reichsgerichts, der Oberlandes- und Arbeitsgerichte benutzt worden. Diese sind im Text und in den Anmerkungen nach Band und Seitenzahl angeführt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0018

Erster Teil.

1. Kapitel. Gefahr und Gefahrtragung im BGB.

§ 1. Allgemeines über die Begriffe Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang.

Der Begriff „Gefahr" hat im Leben zweierlei Bedeutung: einmal versteht man darunter eine Lage, in der ein drohendes Übel eintreten kann. So sagt man: sich in Gefahr begeben, in Gefahr sein usw. Dann aber verbindet sich mit dem Ausdruck Gefahr der Gedanke an das mögliche Übel selbst. Es heißt: es besteht die Gefahr, daß etwas geschieht. Das Wesentliche an diesem Begriff des täglichen Lebens „Gefahr" ist, daß ein Übel bevorsteht, daß sein Eintritt wahrscheinlich ist. Ist das Übel eingetreten, so kann von einer Gefahr nicht mehr gesprochen werden.

Mit diesem Gefahrbegriff ist im Rechtsleben nicht immer etwas anzufangen, weil er hier eine doppelte Bedeutung hat. Denkt man daran, daß ein in der Zukunft liegendes nachteiliges Ereignis eintreten könnte und fragt, wen die Nachteile treffen, so decken sich die Begriffe „Gefahr" und „Gefahrtragung' im wesentlichen mit denen des Lebens. Fragt man aber nach den konkreten Rechtsfolgen eines schon eingetretenen Ereignisses dieser Art, so weichen die Rechtsbegriffe „Gefahr" und „Gefahrtragung" von den Begriffen des Lebens ab. Der Gefahrbegriff hat im römischen und auch deutschen Recht Bedeutung erlangt und besonders für die Sachobligationen eine Rolle gespielt. Es herrschten hier — vor allen Dingen auf dem Gebiete des Kaufrechts — tiefgehende Unterschiede zwischen der römischen und der deutschrechtlichen Auffassung. Gerade die ganz verschiedene Behandlung der Gefahrtragung beim Kauf hat der Lehre von der Gefahrtragung erheblichen Antrieb gegeben und ist der Anlaß gewesen, auch bei Einführung des BGB die Grenzen und die Bedeutung der verwendeten Begriffe zu untersuchen.

Die Schriftsteller des gemeinen Rechts wußten mit dem Begriff „periculum" nicht viel anzufangen. Man suchte aus den verschiedensten Quellenstellen Beweise für diese und jene Ansicht, ist aber zu einem wirklich überzeugenden Resultat nicht gekommen [1]). Schon aus diesem Grunde hätte man vermeiden sollen, diese umstrittenen Begriffe ins BGB hineinzubringen. Wenn auch die Streitfragen, mit denen sich die gemeinrechtlichen Schriftsteller beschäftigten, im wesentlichen für die Gefahrtragungslehre des BGB belanglos sind, so ist doch große Verwirrung durch die Verwendung der Ausdrücke Gefahr, Gefahrtragung und Gefahrübergang entstanden. Das BGB bringt diese an verschiedenen Stellen nicht im gleichen Sinn und hat dadurch große Unklarheiten geschaffen. Aus diesem Grunde ist vielleicht auch eine besondere wissenschaftliche Auswertung der Gefahrtragungsbegriffe nicht erfolgt, obwohl die Lehre von der Gefahrtragung nicht nur juristisch interessant, sondern auch von Bedeutung für das praktische Leben ist. Es han-

[1]) Siehe darüber besonders Dochnahl: Der Zufall bei der Werkverdingung in Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 246 ff., der auch eine gute Übersicht über den Meinungsstreit der gemeinrechtl. Schriftsteller bringt.

delt sich hierbei im wesentlichen um den Einfluß des Zufalls auf unser Rechtsleben, und man kann nicht abstreiten, daß gerade bei zufälligen schadenanrichtenden Ereignissen irgendeine Regelung für die Abwälzung des Schadens auf bestimmte Personen getroffen werden muß.

Wenn man einen Beitrag zur Lehre von der Gefahrtragung beim Arbeitsvertrage geben will, so ist es erforderlich, sich über die obengenannten Begriffe im klaren zu sein und ihre Grenzen zu bestimmen. Die Begriffe werden in der Wissenschaft oft verwendet, nicht immer an der richtigen Stelle.

Es gab im römischen Recht scheinbar nicht nur ein „periculum casus", sondern auch ein „periculum culpae", „periculum negligentiae". Gerade hierüber ging der Streit. Es wurden viele Textstellen angeführt, aus denen man die verschiedensten Ansichten hierüber zu beweisen suchte. Ein einheitliches Ergebnis ist, wie eingangs erwähnt, nicht erreicht worden [2]).

Das BGB spricht nur von Gefahr und Gefahrtragung, wenn es den Einfluß zufälliger Ereignisse bestimmen will. „Zufall" ist aber nichts Absolutes, sondern nur eine „Denkmethode" [3]). Der Begriff des Zufalls für die Gefahrtragung hat nur dann seine Berechtigung, wenn man das schädigende Ereignis in Beziehung zu einer vom Schaden betroffenen Person oder zu Rechtsverhältnissen setzt. Ein zufälliges Ereignis im Sinne der Gefahrtragungslehre kann daher auch dann vorliegen, wenn ein Schaden durch Verschulden eines Menschen entsteht, so z. B. wenn eine Sache, die ich zu leisten habe, gestohlen wird. Nur dann kann nicht mehr von Gefahrtragung gesprochen werden, wenn ein Schaden infolge Verschuldens derjenigen Personen, die bezüglich der Sache in schuldrechtlichen Beziehungen zueinander stehen, eintritt, also z. B. eine der Vertragsparteien ihre Vertragspflichten schuldhaft verletzt.

Man wird an den im BGB gebrauchten Gefahrbegriff mit der Bedeutung herantreten, die der Ausdruck Gefahr im natürlichen Sinne hat, also mit Bedeutungen wie: „drohendes Übel, Chance im bösen Sinne, hypothetischer Schaden" [4]) Dabei wird sich zeigen, daß die Begriffe Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang dem Leben gegenüber verblaßt sind wie so viele andere, wenn sie im Rechtsleben ihre dauernde Anwendung finden.

An die Spitze der Lehre vom Einfluß des Zufalls und der Gefahrtragung hat man den Satz gestellt: „casum sentit dominus". Seine Herkunft weiß man nicht. In den römischen Quellen war er nicht zu finden [5]), und doch wurde er als einer der Grundsätze des römischen Rechts hingestellt. Hierfür hält ihn Suarez bei der Begründung der Gefahrverteilung im A. L. R. Er wird dann auch der Gefahrtragungslehre im A. L. R. zugrunde gelegt [6]). Gegen den Gebrauch des Satzes „casum sentit dominus" für das Schuldrecht haben sich schon sehr früh eine Anzahl Schriftsteller gewandt, die ihn für falsch oder für nichtssagend halten und an seiner Stelle andere Grundsätze aufstellen [7]). Es ist nun richtig, daß der obengenannte Grundsatz eine allgemeine Bedeutung und einen besonderen Einfluß heute nicht mehr hat. Er sagt nämlich nichts Besonderes, bildet aber doch den natürlichen Ausgangspunkt für die Lehre von der Gefahrtragung.

„Casum sentit dominus" besagt lediglich: Wird irgendein Stück der Sachgüterwelt durch Zufall vernichtet oder beschädigt, also verwirklicht sich

---

[2]) Es handelte sich vor allem um die Auslegung der l 36 D loc. 19.2, l 39, § 12,14 D, l 40 D 19,2, siehe darüber Dochnahl, S. 243.

[3]) Martius, Der Bergführervertrag. S. 40.

[4]) Ausdrücke von Fischer in Jher. Jahrb. 51, S. 227.

[5]) Siehe Wächter im Arch. ziv. Prax. Bd. 15, S. 118, Note 39.

[6]) Siehe Koch, A. L. R. Bd. 1 Anm. 94—97 zu § 95, Tit. II, Teil 1.

[7]) Wächter S. 97 ff., Mommsen Beiträge 1, S. 247 ff., Förster Preuß. Priv. Recht Bd. 1, S. 722.

die Gefahr, so hat derjenige den Schaden zu tragen, der zu der Sache in der nächsten rechtlichen Beziehung steht, also in erster Linie der Eigentümer. Es besteht im Rechtsleben kein Grund, einen entstandenen Schaden auf jemand abzuwälzen, der gar keine Beziehung zu der vom Zufall betroffenen Sache hat [8]). Es wird mit dem obengenannten Satz angedeutet, wen der Zufall im rechtlichen „Ruhezustand" des Eigentums trifft. Der Satz hat also einen Sinn. Wenn das nicht der Fall wäre, so hätte er sowohl im römischen, gemeinen als auch deutschen Recht nicht einen derartigen Einfluß haben können [9]). Man hat in ihn aber noch eine weitere Bedeutung hineingelegt, die ihm nicht zukommt und ihn auch als Maßstab für die Gefahrverteilung bei Schuldverhältnissen benutzt [10]).

Wenn im rechtlichen „Ruhezustand" die Gefahr den Eigentümer trifft, so ist nämlich zu fragen, wie das Recht sich verhält, wenn mehrere Personen zu der vom Zufall betroffenen Sache in rechtlicher Beziehung stehen, also wenn jemandem z. B. ein dingliches Recht an der im Eigentum eines anderen stehenden Sache zusteht, oder er einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung dieser Sache hat. Hier kann man von Gefahrtragung im rechtlichen „Bewegungszustand" sprechen. Dann sind nur zwei Möglichkeiten vorhanden: entweder der Satz „casum sentit dominus" gilt auch hier, dann wird der Schaden nur den treffen, der zu der Sache im nächsten rechtlichen Verhältnis steht [11]), oder der Grundsatz wird fallen gelassen, dann findet eine Verteilung des Schadens auf die in Frage kommenden Personen oder eine volle Zuteilung auf den Anderen statt. Hier beginnt die eigentliche Gefahrtragungslehre des BGB, denn es muß irgendeine Regelung der Schadensverteilung vorgenommen werden. Mit dieser beschäftigt sich das BGB immer da, wo es von Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang spricht. Die rein „dingliche" Gefahrtragung, das „periculum rei", interessiert das BGB nicht. Es will vielmehr nur die Fälle besonders regeln, in denen die zufälligen schädigenden Ereignisse auf den rechtlichen „Bewegungszustand", insbesondere also auf Schuldverhältnisse einwirken [12]). Leider ist das BGB hier nicht folgerichtig genug, denn es bringt die Begriffe Gefahr, Gefahrtragung, Gefahrübergang an einigen Stellen in verschiedenem Sinn, je nachdem ob es sich um einseitige oder um gegenseitige Schuldverhältnisse handelt. Das liegt wohl an der ganz allgemeinen Bedeutung, die das Wort „periculum" im römischen Recht gehabt hat, und vielleicht auch daran, daß es sich in beiden Fällen um eine Schadensverteilung handelt. Es zeigt sich auch hier, daß die Begriffe viel von ihrer Bedeutung eingebüßt haben. In Wirklichkeit soll und kann oft gar keine reale Schadensverteilung vorgenommen werden [13]).

Von vornherein ist festzustellen, daß die im Rahmen eines Schuldverhältnisses möglichen Gefahren je nach dessen Inhalt verschieden stark sein können. Es gibt Schuldverhältnisse, bei denen die Frage nach einer Gefahrtragung

---

[8]) Stobbe a. a. O. Priv. Recht S. 239 sagt: „Jeder hat den zufälligen Schaden zu tragen, von welchem sein Vermögen betroffen wird."

Siehe auch Stern Gefahrtragung S. 4; Meyer Gefahrtragung und Unmöglichkeit S. 33.

[9]) Über die Bedeutung des Satzes „casum sentit dominus" im deutschen Recht siehe Stobbe, Handb. d. dt. Priv. Rechts Bd. III, S. 235, Gesch. d. Vertr. Rechts S. 277 ff.

[10]) So im A. L. R. siehe Koch a. a. O. Anm. 94—97 zu § 95, I, 11.

[11]) Stobbe, Vertr.Recht S. 293 ff. stellt den Satz auf: „Wenn der Vertrag ein zweiseitiger ist, aus dem beide Personen Vorteil ziehen wollen, so trägt derjenige den Zufall, welcher Eigentümer ist."

[12]) Siehe dazu Gierke Priv.Recht III, S. 125 Anm. 33: „Von einer Tragung der Gefahr bei einem Schuldverhältnis kann man nur sprechen, wenn und soweit durch das Schuldverhältnis eine Abweichung von der Regel „casum sentit dominus" begründet wird."

[13]) Siehe darüber unten Seite 9.

überflüssig erscheint, weil der Zufall nur geringe oder gar keine Einwirkungsmöglichkeiten hat. Das ist besonders bei den kleinen Geschäften des täglichen Lebens der Fall.

Bei Sachleistungen spielt die Gefahrtragung eine erhebliche Rolle, weil gerade die körperlichen Gegenstände leicht der Gefahr des Untergangs ausgesetzt sind. Ebenso ist einleuchtend, daß je nach der Dauer eines Schuldverhältnisses die Möglichkeit einer zufälligen Einwirkung größer oder kleiner sein kann. Je schneller ein Schuldverhältnis endigt, umso weniger kann der Zufall eingreifen. Inwieweit es eine Gefahrtragung bei Schuldverhältnissen, in denen es sich nicht um Lieferung einer Sache handelt, insbesondere also bei Arbeitsverträgen, gibt, ist umstritten. Manche Schriftsteller halten hier eine Gefahrtragung nicht für möglich, weil „periculum" im Sinne der römischen Quellen immer ein „Sachsubstrat" voraussetze [14]).

§ 2. Die Gefahrtragung bei Gattungsschulden.

Das BGB spricht von Gefahr und Gefahrtragung zunächst bei Gattungsschulden jeder Art, auch bei solchen aus einseitigen Schuldverhältnissen, § 300, Abs. 2. Hier sollte man jedoch diese Ausdrücke vermeiden, denn Gefahrübergang bedeutet hier nichts anderes als Schuldbeschränkung im Sinne des § 243, Abs. 2. Der § 300, Abs. 2 bestimmt, daß bei Gattungsschulden die Gefahr mit dem Annahmeverzug auf den Gläubiger übergeht. Das BGB bringt hier seltsamerweise nicht den Begriff Gefahrtragung, sondern spricht nur von Gefahrübergang; das setzt aber logisch voraus, daß bis zu diesem Zeitpunkt des „Übergangs" der Gefahr diese der Schuldner zu tragen hat, und daß von einem gewissen Zeitpunkt ab der Gläubiger mit der Gefahr belastet wird.

Soweit man hier von einer Gefahrtragung reden kann, besagt sie folgendes: Bei Gattungsschluden ist der Schuldner zur Leistung aus der Gattung verpflichtet. Er hat ein bestimmtes Stück zur Leistung ins Auge gefaßt oder schon ausgewählt. Geht dieses Stück dann durch Zufall unter, dann trifft der Nachteil des wirtschaftlichen Ausfalls dieses Stückes den Schuldner; er trifft ihn hier genau so, als wenn überhaupt kein Schuldverhältnis entstanden wäre. Auf das Forderungsrecht des Gläubigers wirkt der Zufall nicht ein. Es liegt hier also ein einfaches „periculum rei" vor. Von einer Gefahrtragung in dem Sinne der Einwirkung des Zufalls auf ein bestehendes Schuldverhältnis kann hier also nicht gesprochen werden, denn das vom Schuldner ins Auge gefaßte Stück der Gattung war zur Zeit des Untergangs „noch gar nicht in obligatione" [15]). Dem Gläubiger ist das schädigende Ereignis völlig gleichgültig. Er kann weiter von dem Schuldner Leistung aus der Gattung verlangen. Erst in dem Augenblick, in dem der Schuldner nach § 243, Abs. 2 das seinerseits Erforderliche getan hat, hat der zufällige Untergang der jetzt zu leistenden Sache auch Folgen für den Gläubiger. Aus der Gattungsschuld ist eine Stückschuld geworden, und nur dieses Stück ist der Gläubiger zu fordern berechtigt. Geht es durch Zufall unter, so wird der Schuldner nach § 275 frei. Die Gefahr „geht" mit der Schuldbeschränkung „auf den Gläubiger über" heißt also hier: „der Schuldner wird hinsichtlich seiner primären Schuld entlastet" [16]), wenn ein Zufall die Sache trifft. Das schädigende Ereignis hat hier Folgen nach zwei Seiten hin: der Schuldner wird wertmäßig um die Spezies ärmer, er trägt also noch immer das „periculum rei", wenn er z. B. Eigentümer ist, der Gläubiger verliert seine Forderung und kann nicht Ersatz verlangen. Es findet also eine Schadensverteilung auf beide beteiligten Personen statt. Trotzdem sagt man, die Gefahr geht auf den Gläubiger über, der Gläubiger trägt vom Augenblick der Schuldbeschränkung ab die Gefahr. Ein solcher Gefahrüber-

[14]) Brinz, Pandekten II, S. 318, 767, Fischer in Jher. Jahrb. 51, S. 227.
[15]) So Stern S. 25.
[16]) Siehe Siber bei Planck § 243, Anm. 4b.

gang kann also nur stattfinden, wenn eine Gattungsschuld vorliegt. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß der Gläubiger die „Gefahr", die er bei Gattungsschulden nach Schuldbeschränkung trägt, immer zu tragen hat, wenn von vornherein eine Speziesschuld vorliegt. Hier gilt dann der Satz, der dem § 275 zugrunde liegt: „species perit ei cui debitur". Niemals aber wird man heute hier von einer Gefahrtragung sprechen. Deshalb ist es auch irreführend, bei Gattungsschulden von einem Gefahrübergang zu sprechen, wenn der Schuldner nur noch nach Stückschuldregeln haftet; hier ist vielmehr der Ausdruck „Schuldbeschränkung" vorzuziehen.

Diese Gefahrtragung bei Gattungsschuldverhältnissen beschäftigte die gemeinrechtlichen Schriftsteller ganz besonders. Das spiegelt sich in den hier aufgestellten Sätzen wie: „creditoris est rei periculum, debitor speciei liberatur interitu rei, casus a nullo praestantur" deutlich wieder. Förster sagt[17]: „Derjenige erleidet den Verlust des durch die Obligation bezweckten Vermögensrechts, der in Beziehung auf die weggefallene Leistung Gläubiger ist." Diese Sätze wurden dann unlogischerweise auf den gegenseitigen Vertrag übertragen. So erklärt sich auch die Gefahrtragung beim Kauf im römischen Recht. Der Gläubiger, der Käufer, trägt die Gefahr mit Abschluß des Kaufvertrages: „casus a nullo praestantur." Der Käufer hat von dem Schuldner keine Vertretung für Zufall zu fordern, der muß, wenn dessen Leistung unmöglich wird, seine Gegenleistung machen. Der Schaden, der Vermögensverlust, besteht dann darin, daß man nichts erhält und doch leisten muß."[18])

Gegen diese Behandlung des gegenseitigen Vertrags haben sich das A.L.R. und ihm folgend das BGB mit aller Konsequenz gewehrt und eine andere Verteilung der Gefahr getroffen. Dabei mag für das A.L.R. auch der Satz „casum sentit dominus" eine Rolle gespielt haben[19]).

§ 3. Die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen.

Ihre eigentliche Bedeutung hat die Lehre von der Gefahrtragung allein bei den gegenseitigen Verträgen, obwohl man auch hier oft ohne die verwendeten Begriffe auskommen könnte. Aber das BGB gebraucht sie, und es ist deshalb erforderlich, ihre Grenzen und ihren Umfang klar zu umreißen. Die Lehre von der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen befaßt sich mit den Einwirkungen des Zufalls auf Leistung und Gegenleistung. Sie will eine Schadensverteilung zwischen Schuldner und Gläubiger vornehmen. Es handelt sich bei der Gefahrtragung hier nicht um das „periculum rei", sondern um das sogenannte „periculum obligationis", um die Gefahr des Gesamtvertrages. Die Gefahrtragungslehre behandelt hier ganz allgemein die Einwirkung zufälliger Ereignisse auf den gegenseitigen Vertrag. Da man von Einwirkungen auf eine bestehende Leistungspflicht nicht mehr sprechen kann, wenn erfüllt ist, so ist als Grenze, bis zu der man von einer Gefahrtragung in diesem Sinne reden kann, die Erfüllung anzusehen. Die Lehre von der Gefahrtragung befaßt sich also mit allen zufälligen Ereignissen, die einer Erfüllung oder mindestens ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages im Wege stehen. Wenn man diese Grenzen annimmt, dann sind darin nicht nur die Fälle einbegriffen, die den Schuldner an der Leistung hindern, sondern auch die zufälligen Ereignisse auf Seiten des Gläubigers, wenn sie irgendwie die Verwirklichung des Schulderfolges verhindern oder verzögern. Wenn auch die technischen Begriffe Gefahr und Gefahrtragung in einem engeren Sinne gebraucht werden, so hindert das doch nichts an dieser Grundauffassung der Lehre von der Gefahrtragung. Infolge der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung wird sich die Gefahrtragungslehre mit einer Regelung des Verhältnisses von Lei-

[17]) a. a. O. S. 726.
[18]) Förster a. a. O. S. 726.
[19]) Siehe Koch, A.L.R. Anm. 97 zu § 95 I 11.

stung und Gegenleistung bei zufälliger Verhinderung der Verwirklichung des Obligationszwecks zu befassen haben.

Die Grundvorschrift über die Gefahrverteilung ist der § 323 BGB [20]). Er besagt, daß bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners dieser den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Diese Regelung kann bei Sachleistungen folgende Nachteile für den Schuldner haben: Ist er Eigentümer der zu liefernden Sache, so trifft ihn schon in dieser Stellung ein Schaden. Sein Vermögen mindert sich um den Wert der zu leistenden Sache, sein Eigentumsrecht geht unter. Das ist nichts Besonderes. Dazu aber — und das ist für die Gefahrtragung das Entscheidende — geht er des Anspruchs auf die Gegenleistung verlustig. Er braucht zwar seinerseits nichts zu leisten, auch nicht Schadensersatz, denn er wird frei. Man sagt trotzdem hier: der Schuldner trägt die Gefahr, denn er verliert das Recht, die Gegenleistung zu fordern. Zwar sagt das BGB dies auch hier nicht ausdrücklich mit den Worten: „Der Schuldner trägt die Gefahr", aber es spricht auch bei gegenseitigen Verträgen von Gefahrübergang. Das setzt genau wie im § 300, Abs. 2 eine Gefahrtragung des Schuldners bis zum Gefahrübergang voraus. Diese Gefahr trägt der Schuldner grundsätzlich bis zu dem Zeitpunkt, in dem er seine Leistung bewirkt hat, da ja später der Zufall nicht mehr auf seine Verpflichtung zur Leistung einwirken kann, weil sie mit der Erfüllung erloschen ist. Der § 368 des ersten Entwurfs sollte geradezu die Fassung haben: bei einem gegenseitigen Vertrag trägt der Schuldner bis zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung [21]).

Im Augenblick der Erfüllung seitens des Schuldners findet eine Art „Gefahrübergang" statt. Denn geht die geleistete Sache nach diesem Zeitpunkt unter, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Aber hier von Gefahrtragung des Gläubigers zu sprechen, ist eigentlich nicht richtig, denn der Gläubiger muß seine Gegenleistung in jedem Falle machen, gleichgültig ob die Sache untergeht oder nicht. Das Schicksal der geleisteten Sache geht den Schuldner nichts mehr an. Besser ist es, wenn man folgendes sagt: Im Augenblick der Erfüllung findet eine Veränderung der Gefahrtragung statt. Das periculum obligationis, bisher beim Schuldner, verwandelt sich in ein periculum rei des Gläubigers. Es ist also falsch zu sagen, der Gläubiger trägt bei gegenseitigen Verträgen die Gefahr — gemeint soll damit das periculum obligationis sein, — von der Erfüllung durch den Schuldner ab [22]). Das ist keine eigentliche Gefahrtragung in diesem Sinne mehr. Eine richtige Gefahrtragung des Gläubigers liegt nur dann vor, wenn die schuldnerische Leistung unmöglich wird, der Gläubiger aber trotzdem zur Leistung verpflichtet bleibt. Das kann logisch nur vor der Bewirkung der schuldnerischen Leistung, also vor der Erfüllung der Fall sein. Hier findet dann eine Gefahrverteilung mit Abweichung von dem Grundsatz „periculum sentit dominus" statt. Der Schuldner trägt, wenn er Eigentümer ist, zwar das periculum rei, aber ein eigentlicher Schade entsteht ihm nicht, er wird auf den Gläubiger abgewälzt, denn dieser muß seine Leistung bewirken, ohne auf einen Gegenwert Anspruch zu haben.

Eine solche Gefahrtragung und Gefahrverteilung ist nicht auf Sachleistungsverträge beschränkt, sondern gilt für jeden gegenseitigen Vertrag, denn in einem solchen kann immer eine Unmöglichkeit der Leistung mit den Rechtsfolgen des § 323 eintreten. Deshalb gibt es auch eine Gefahrtragung dort, wo im BGB von ihr nicht ausdrücklich gesprochen wird. Die Lehre von der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung ist daher ein Teil der Lehre von der Gefahrtragung. Immer dort, wo eine Leistung ganz oder teilweise unmöglich wird, ist sofort die Frage nach der Verteilung der Gefahr angeknüpft.

[20]) Siehe hierzu Protokolle II § 368.

[21]) Siehe Protokolle I, S. 638.

[22]) Siehe hierüber auch Fischer in Jher. Jahrb. 51, S. 229, 230 und in Zeitschr. f. Handelsr. 58, S. 262, 263.

Wenn das BGB bei gegenseitigen Verträgen von Gefahrtragung und Gefahrübergang spricht, so tut es das hauptsächlich dann, wenn eine vom § 323 abweichende Regelung getroffen werden soll. Die abweichende Regelung kann einmal darin bestehen, daß der Gläubiger schon vor voller Erfüllung mit der Gefahr belastet werden soll oder auch darin, daß der Schuldner die Gefahr länger als bis zu dem normalen Zeitpunkt zu tragen hat. Vorschriften für eine Gefahrabwälzung auf den Gläubiger vor voller Erfüllung finden sich z. B, in den §§ 446, 447, 324 Abs. 2. In diesen Fällen wird der Schuldner vor der Erfüllung von der Gefahr entlastet. Der Gläubiger muß, wenn die Gefahr sich verwirklicht, leisten, ohne die Gegenleistung fordern zu können. Es ist oben gesagt worden, daß von einem periculum obligationis eigentlich nicht mehr die Rede sein kann, wenn voll erfüllt ist. Denn da es sich bei der Gefahrtragung um die Einwirkung der Unmöglichkeit auf ein Schuldverhältnis handelt, so kann es die zweite Ausnahme von der Regel des § 323 nicht geben, d. h. der Schuldner kann mit der Gefahr nicht mehr belastet werden, wenn er seine Leistung bewirkt hat. Trotzdem ist es möglich, daß das Gesetz den Schuldner auch nach dem Zeitpunkt, in dem er alles zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat, mit der Gefahr belastet, und zwar bis der Gläubiger sich die Leistung aneignet oder sie anerkennt; ein solcher Fall ist im § 644 enthalten.

Der Gefahrübergang beim gegenseitigen Vertrag hat somit seine besondere Bedeutung. Er ist scharf zu scheiden von dem erstgenannten Gefahrübergang der §§ 243, Abs. 2, 300, Abs. 2. Mit diesem ist er nicht gleichbedeutend. Damit der Gefahrübergang im zweiten Sinne stattfinden kann, ist immer erforderlich, daß die Gefahr im Sinne der §§ 243, Abs. 2, 300, Abs. 2 vorher auf den Gläubiger übergegangen ist oder wie bei Speziesschulden von vornherein bei ihm war; denn nur dann wird der Schuldner seinerseits befreit und kann die Frage entstehen, ob die Leistungspflicht des Gläubigers bestehen bleibt oder nicht. Möglich ist, daß Gefahrübergang im ersten und zweiten Sinne zeitlich zusammenfallen, so in der Regel bei Bringschulden. Hier tritt Schuldbeschränkung und Gefahrübergang im zweiten Sinne erst ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung am Bestimmungsort zuführt. Bei Fernkauf tritt mit der Übergabe oder mit Annahmeverzug des Käufers Gefahrübergang im ersten und zweiten Sinn ein. Aber auch beim Versendungskauf nach § 447, also bei sog. Schickschulden, geht regelmäßig mit der Absendung sowohl die Transportgefahr über, wie tritt gleichzeitig Schuldbeschränkung ein.

Bei Holschulden ist es anders. Hier kann Schuldbeschränkung, Gefahrübergang im ersten Sinne, schon eintreten mit Bereithaltung der fertigen Leistung zur Abholung oder auch mit vertraglicher Individualisierung vor Abholung. Gefahrübergang im zweiten Sinne würde dagegen erst eintreten mit der Abholung selbst, beim Kauf mit der Übergabe. Aber auch beim Versendungskauf tritt, wenn der Verkäufer die Transportgefahr übernommen hat, mit der Absendung zwar Schuldbeschränkung ein, Gefahrübergang im zweiten Sinne aber erst mit Entgegennahme der Leistung am Bestimmungsort oder mit Annahmeverzug des Käufers. In diesen Fällen also findet ein gleichzeitiger Eintritt des Gefahrübergangs im ersten und zweiten Sinne nicht statt. Ausgeschlossen ist natürlich, daß Gefahrübergang im ersten Sinne nach Gefahrübergang im zweiten Sinne erfolgt.

Die meisten Schuldverhältnisse bedürfen zu ihrer Erfüllung einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers. Fehlen diese Mitwirkungshandlungen, so kann es zu einer Erfüllung nicht kommen. In den meisten Fällen wird dann Annahmeverzug vorliegen, der auch seinen Einfluß auf die Gefahrtragung hat. Mit seinem Eintritt findet nach § 324, Abs. 2 ein Gefahrübergang auf den Gläubiger statt. Das BGB trennt also bei der Gefahrtragungsregelung die Fälle, in denen das Leistungsstück des Schuldners unmöglich wird, von denen, in welchen es zu einer Erfüllung nicht kommt, weil die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers nicht stattfinden. Auch diese letzteren kann man unter die Gefahrtragungslehre im weiteren Sinne einordnen.

Faßt man die hauptsächlichsten Bestimmungen ins Auge, in denen im BGB von einer Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen gesprochen wird, so erkennt man einige große Grundsätze für die Gefahrverteilung:

1. Grundsätzlich wird der Schuldner mit der Erfüllung von der Gefahr entlastet.
2. In Ausnahmefällen findet ein Gefahrübergang zu einem früheren Zeitpunkt statt, z. B. in den §§ 446, 447, 2380.
3. Auch die andere Ausnahme von der Regel des § 323, Gefahrübergang nach Erfüllung, also Gefahrtragung des Schuldners bis zu einem späteren Zeitpunkt gibt es, so im § 644.
4. Der Schuldner soll so lange mit der entsprechenden Leistungsgefahr belastet werden, als er noch irgendeinen Teil seiner Leistung nicht bewirkt hat, also so lange er das seinerseits Erforderliche noch nicht voll getan hat.

   Der Schuldner hat das Erforderliche immer dann getan, wenn der Schulderfolg voll hergestellt ist; er hat aber auch dann genug getan, wenn die Verwirklichung des Schulderfolgs nur noch abhängig ist von einer Handlung des Gläubigers. In diesen Fällen findet eine Gefahrentlastung statt, der Gläubiger ist im Annahmeverzug, § 324, Abs. 2. Der Schuldner bleibt zwar weiter zur Leistung verpflichtet, die Gefahr trägt er aber nicht mehr.
5. In den Ausnahmefällen der §§ 446, 447, 644 Abs. 2 hängt die Gefahrtragungsregelung eng mit der Verteilung der tatsächlichen Besitzverhältnisse zusammen. Solange der Schuldner im Besitz der Sache ist, hat er Einwirkungsmöglichkeiten auf sie und soll den Schaden tragen, wenn die Gefahr sich verwirklicht. Das zufällige Ereignis hat sich dann in seinem Bereich, in seiner Gefahrensphäre abgespielt. Ist der Gläubiger im Besitz der Sache, soll dasselbe für ihn gelten. Dieser Grundsatz ist durchaus deutschrechtlich. Das tatsächliche Gewaltverhältnis zur Sache spielt eine erhebliche Rolle. Deshalb wird der Gefahrübergang beim Kauf an die Übergabe und Absendung geknüpft, d. h. an eine Handlung, die den Verkäufer vom Besitz entlastet, mit der aber eine Vollerfüllung nicht verknüpft zu sein braucht, wie z. B. bei der Übergabe eines Grundstücks oder einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache, oder regelmäßig nicht verknüpft ist, wie bei der Absendung.

   Diese Ausnahmen eines Gefahrübergangs vor voller Erfüllung betreffen aber nur die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache. Ist die zu leistende Kaufsache nach § 447 der Transportanstalt, das Grundstück nach § 446 Abs. 1 oder die bewegliche Sache nach § 455 dem Gläubiger übergeben, so wird der Schuldner hinsichtlich der „Sachgefahr" entlastet. Diese trägt der Gläubiger. Die „Rechtsgefahr" aber, d. h. die Gefahr, daß die Rechtsverschaffung, hier also die Übereignung, überhaupt nicht oder nicht vertragsmäßig erfolgen kann, ist weiterhin beim Schuldner. Geht die Kaufsache auf dem Transport unter, so muß der Käufer den Kaufpreis zahlen, wird sie unterwegs beschlagnahmt und enteignet, so verliert der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, trägt also die Gefahr nach der Regel des § 323, da der Kaufvertrag mit der Absendung noch nicht erfüllt ist; ebenso verhält es sich beim Grundstück nach der Übergabe und beim Vorbehaltskauf nach § 455. Dieselbe Teilung der Gefahren in Sach- und Rechtsgefahr finden wir auch im § 644, Abs. 2, bei Versendungswerkvertrag, sofern es sich um einen Werklieferungsvertrag handelt.

Aus allen diesen Erwägungen ist eine Gefahrverteilung bei gegenseitigen Verträgen vorgenommen. Das BGB hat versucht, das Interesse des Gläubigers und Schuldners möglichst gerecht gegeneinander abzuwägen. Aber es muß festgestellt werden, daß in vielen Fällen praktisch keine gerechte Schadensverteilung zustande kommt. Es ist richtig, wenn Stern behauptet, daß das BGB mehr schematisch bei der Gefahrtragungsregelung vorgeht und sich im großen und ganzen mit der „formellen Einwirkung der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung auf den gegenseitigen Vertrag beschäftigt" [23]).

[23]) Stern, S. 27.

Der einen oder der anderen Vertragspartei kann es sogar sehr angenehm sein, die Gefahr zu tragen, weil sie irgendeinen Vorteil davon hat, also das Gegenteil von dem, was man von der Verwirklichung einer Gefahr erwartet. Es kommt oft vor, daß man eine Verpflichtung los sein will, auch dann, wenn irgendeine Gegenleistung zu erwarten ist. Diese kann in gar keinem Verhältnis zu der auf die Bewirkung der eigenen Leistung zu verwendenden Mühe, Arbeit und Zeit stehen. In solchen Fällen wird der die Gefahr tragende Schuldner eine zufällige Unmöglichkeit seiner Leistung sehr begrüßen, weil sie ihn befreit. Stern bringt das Beispiel vom Verkauf einer fremden Sache[24]). Hat jemand eine ihm nicht gehörende Sache verkauft, d. h. sich obligatorisch verpflichtet und geht diese nach Abschluß des Kaufvertrages durch Zufall unter, so kann das dem die „Gefahr" tragenden Verkäufer durchaus angenehm sein, ihm gar keinen Nachteil bringen. Er ist nicht Eigentümer, hätte sich die Sache nur unter großen Schwierigkeiten oder gar nicht beschaffen können, hat also nicht den geringsten Schaden, während das bei dem Gläubiger, der nicht die Gefahr trägt, durchaus der Fall sein kann.

Es ist oben erwähnt worden, daß bei den einzelnen Vertragsarten die Bedeutung der Gefahrtragung verschieden sein kann. Das hängt eng mit der inneren Struktur des einzelnen Vertragstypus zusammen. Es muß z. B. ein Unterschied zwischen Verträgen auf Leistung einer Sache und Arbeitsverträgen gemacht werden. Gerade beim Arbeitsvertrag ist die Gefahrtragung besonders eigenartig und von Wichtigkeit. Das liegt im Wesen des Arbeitsvertrages begründet. Bei reinen Sachleistungsverträgen wird die Gefahr sich in der Mehrzahl der Fälle dadurch verwirklichen, daß die zu leistende Sache untergeht oder verschlechtert wird. Von Bedeutung sind dann noch die Fälle, in denen die Leistung subjektiv oder infolge eines rechtlichen Leistungshindernisses unmöglich wird. Eine andere Einwirkung des Zufalls auf den Vertragsinhalt mit der Folge der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung läßt sich kaum vorstellen. Insbesondere machen Zufälle, die die beteiligten Personen treffen, die Leistung nicht unmöglich, solange das „Substrat", also die Kaufsache z. B., noch vorhanden ist. Unmöglich kann hier die Leistung z. B. nicht dadurch werden, daß der Gläubiger oder Schuldner stirbt. Anders ist es bei Arbeitsverträgen. Hier ist es oft der Fall, daß Zufälle, welche die beteiligten Parteien treffen, eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. Die Möglichkeit einer Verwirklichung der Gefahr ist beim Arbeitsvertrag also eine sehr große. Hinzu kommt, daß es sich bei Arbeitsverträgen meist um Dauerschuldverhältnisse[25]) handelt. Schon aus diesem Grunde hat der Zufall ein reiches Betätigungsfeld.

Nur die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen spielt hier eine Rolle. Sie und ihr Verhältnis zum Arbeitsvertrag ist von ausschlaggebender Bedeutung.

---

[24]) Stern, S. 27.
[25]) Siehe Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages, S. 15.

2. Kapitel. Erfolgsgefahr und Erfolgsgefahrtragung.

§ 4. Das Wesen der Erfolgsgefahrtragung und ihr Verhältnis zur Gefahrtragung im Sinne des BGB.

Es soll der Versuch gemacht werden, einen Beitrag zur Lehre von der Gefahrtragung beim Arbeitsvertrag zu geben. Es handelt sich hier um den besonderen Begriff der „Erfolgsgefahrtragung", der an die Stelle des einfachen Begriffes Gefahrtragung tritt. Denn bei Arbeitsverträgen steht zur Frage, wer von den Parteien des Arbeitsvertrages das Risiko des zufälligen Scheiterns des Arbeitserfolges trägt. Das ist für das Leben von großer Bedeutung. In jedem Arbeitsvertrag ist mit der Arbeit als zweckgerichteter Tätigkeit die Erreichung eines Arbeitsresultats, eines Arbeitserfolges beabsichtigt. Inwieweit ist es gerechtfertigt, die Parteien des Arbeitsvertrages für das Erreichen dieses Erfolgs einstehen zu lassen? Erhält der Arbeiter Lohn, auch wenn der Erfolg aus Zufall nicht erreicht ist, kann der Arbeitgeber die Zahlung verweigern, weil das Resultat der Arbeit vereitelt ist? Das sind die Probleme, die sich hier ergeben. Deshalb soll der Einfluß des Zufalls auf die Arbeitsleistung, die zu einem bestimmten Erfolge führen soll, untersucht werden.

Um sich den Begriff der Erfolgsgefahrtragung klarmachen zu können, muß zunächst auf den Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag eingegangen werden. Dieser wird meistens nach dem Wortlaut des BGB dahin bestimmt, daß beim Dienstvertrag seitens des Arbeitnehmers „Arbeit an sich", „Dienste als solche", beim Werkvertrag „Arbeit samt Erfolg" versprochen wird. In zahlreichen Fällen mag eine Feststellung, ob „Arbeit an sich" oder ein „Erfolg" versprochen worden ist, leicht möglich sein. Oft aber läßt uns dieses Unterscheidungsmerkmal im Stich. Das ist in der Wissenschaft schon lange erkannt worden[26]). Man hat deshalb mannigfache Versuche gemacht, die beiden Verträge nach anderen Gesichtspunkten gegeneinander abzugrenzen. Aber auch diese Versuche sind nicht als gelungen zu bezeichnen. Sowohl eine Abgrenzung danach, wie die Entgeltfrage geregelt ist[27]), inwieweit die Arbeit abhängig ist oder nicht, ob die Arbeit selbstbestimmt oder fremdbestimmt ist, ob Gattungsarbeit oder Speziesarbeit vereinbart wird[28]), hat im großen und ganzen keine Klärung gebracht. Es scheint tat-

---

[26]) Besonders von Rümelin in seinem Werk: Dienstvertrag und Werkvertrag.

[27]) Hiernach wollte Lotmar die beiden Grundformen trennen, indem er Zeitlohnverträge und Akkorde unterschied. Diese beiden Formen decken sich aber nicht mit Dienstvertrag und Werkvertrag. Das hat Lotmar selbst eingesehen. Zeitlohnverträge können bei ihm nur Dienstverträge sein, Akkorde aber sowohl Dienstverträge als auch Werkverträge. Siehe „Der Arbeitsvertrag" I. S. 343.

[28]) In dieser Richtung hat neuerdings Hoeniger eine Abgrenzung finden wollen. Aber auch er sieht ein, daß es nicht möglich ist, aus der Selbstbestimmtheit oder Fremdbestimmtheit der Arbeit in jedem Falle auf den zugrunde liegenden Vertrag zu schließen. Siehe Einleitung zu Hoeniger-Wehrle Arb.-Recht 1925, S. 1ff. Zu dieser Frage siehe weiterhin: Hueck-Nipperdey, S. 86, 94; Ennecc.-Lehmann 1930, S. 506; Oertmann, Komm. II, S. 895; Sinzheimer, Arch. Bürg. Recht 34, S. 297; Siegel: Der gewerbl. Arbeitsvertrag, S. 7; Riezler: Der Werkvertrag, S. 42ff.; Molitor: a. a. O., S. 18ff.

sächlich nicht möglich zu sein, die Tatbestände der beiden Vertragsarten so voneinander abzugrenzen, daß jedesmal mit Bestimmtheit gesagt werden kann, hier liegt ein Dienstvertrag und hier ein Werkvertrag vor.

Den schlagendsten Beweis dafür, daß eine Abgrenzung der beiden Tatbestände danach, ob Arbeit an sich oder Arbeit mit Erfolg versprochen ist, zu keinem Ergebnis führt, hat Rümelin gebracht. Seine Beweisführung, daß die beiden Verträge keine Unterschiede aufweisen mit Ausnahme der verschiedenen Gefahrtragung, ist bis heute noch nicht richtig widerlegt worden. Den einzig größeren Versuch einer Widerlegung hat Lotmar gemacht[29]). Sonst ist gegen Rümelin nichts vorgebracht worden, was seine Anschauung vom Verhältnis der beiden Verträge zueinander — wenigstens in den Hauptfragen — erschüttern könnte. Man fühlt, daß in der Richtung „Arbeit an sich" auf der einen, „Erfolg" auf der andern Seite der Unterschied liegen kann. Wahrscheinlich aber ist es nicht möglich, eine genaue Abgrenzung zu finden. Das mag folgende Gründe haben:

Eine Schwierigkeit liegt darin, daß in beiden Verträgen von Seiten des Schuldners Arbeit versprochen wird. Hätte unser Gesetzbuch erkannt, welche gewaltigen Unterschiede darin liegen, ob jemand eine Sache liefert oder Arbeit leistet, so wäre es kaum dazu gekommen, unter getrennten Titeln Verträge aufzuführen, die eine solche Ähnlichkeit miteinander haben, daß bis jetzt noch keine genaue Abgrenzung gefunden ist. Das BGB hätte dann einen Arbeitsvertrag mit verschiedenen Modifikationen geschaffen. Das wäre nicht nur juristisch-dogmatisch ein Gewinn gewesen, sondern hätte auch eine bessere Entwicklung des Arbeitsrechts gewährleistet. Denn daß gerade die angebliche Verschiedenheit der beiden Grundformen des Arbeitsvertrages auf die Entwicklung des Arbeitsrechts einen großen Einfluß gehabt hat, wird niemand bestreiten können.

Zur Vergrößerung der Schwierigkeiten hat beigetragen, daß man gerade dem Arbeitserfolg beim Werkvertrag eine derartig beherrschende Stellung eingeräumt hat, daß man das Versprechen des Erfolges als das Typische im Tatbestand des Werkvertrages ansehen mußte. Schon über die Bedeutung des Begriffs Erfolg herrschte von Anfang an lebhafter Streit[30]). Ist Erfolg einfach das Ergebnis der Arbeit, das Resultat der Tätigkeit als Veränderung in der Außenwelt ohne Rücksicht darauf, wie dieses Resultat ausfällt, oder aber bedeutet Erfolg dasselbe, was man im gewöhnlichen Sprachgebrauch darunter versteht, ein „günstiges Ergebnis" im Gegensatz zum „Nichterfolg"? Ist nicht schließlich mit jeder Tätigkeit ein Erfolg als Abschluß verbunden, so daß man sich — besonders bei Berücksichtigung unserer vorgeschrittenen technischen Errungenschaften — eine Arbeit ohne Erfolg nicht vorstellen kann? Man wird aus diesem Grunde in sehr vielen Fällen gar nicht feststellen können, ob die Vertragsparteien an den Erfolg beim Abschluß des Vertrages überhaupt gedacht haben. Das zeigt sich schon bei einfachen Verrichtungen des täglichen Lebens, in denen die Tätigkeit vom Erfolg sich gar nicht trennen läßt, z. B. Singen, Haarschneiden, Rasieren. Darauf hat Rümelin deutlich hingewiesen[31]).

An diesen Gründen dürfte es liegen, daß es so schwer ist, die Tatbestände der beiden Vertragsarten so zu scheiden, daß immer mit Gewißtheit festgestellt werden kann, ob im Einzelfall Dienstvertrag oder Werkvertrag vorliegt. Die beiden Vertragsarten sind nun einmal so nahe verwandt, daß es nicht nötig gewesen wäre, sie als völlig getrennte Rechtsfiguren in das Gesetz hineinzunehmen.

Der Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag ist die Grundlage für die in beiden Verträgen so grundverschiedene Verteilung der „Erfolgsgefahr".

---

[29]) Lotmar, a. a. O., S. 827 ff.

[30]) Siehe dazu: Lotmar II, S. 427—432, Molitor, S. 29, Rümelin, S. 91.

[31]) a. a. O., S. 9.

Der Werkvertrag ist erfüllt, wenn der Arbeitserfolg erreicht ist, der Dienstvertrag schon dann, wenn nur Dienste geleistet sind. Wir haben gesehen, daß die Erfüllung jedes gegenseitigen Vertrages ihren Einfluß auf die Gefahrtragung hat. Hieraus ergibt sich, daß gerade bei Dienstvertrag und Werkvertrag eine eigenartige Verteilung der Gefahr vorgenommen ist. Dabei wird sich zeigen, daß der Begriff der Gefahrtragung im Sinne des BGB nicht ausreicht, um die typische Risikoverteilung beim Arbeitsvertrag zu erfassen. Aus diesem Grunde ist der Begriff „Erfolgsgefahr" gewählt worden. Über seine Bedeutung ist nunmehr einiges zu sagen:

Das BGB verwendet den Begriff Gefahr beim Dienstvertrag nicht. Einige Schriftsteller nehmen an, daß man beim Dienstvertrag von Gefahrtragung nicht sprechen könne, weil der Zufall sich im Sachen- und Schuldrecht nur auf eine Sache beziehen könne [32]). Das ist nicht richtig, es gibt auch eine Gefahrtragung beim Dienstvertrag, denn auch hier kann die Leistung unmöglich werden und sich die Frage nach der Gegenleistung erheben. Der § 616 ist eine reine Gefahrtragungsvorschrift: Unmöglichkeit der Leistung auf der einen Seite, trotzdem Verpflichtung zur Gegenleistung, abweichende Regelung vom § 323.

Viele verwenden aber den Ausdruck Gefahrtragung beim Dienstvertrag in einer viel weitergehenden Bedeutung. Sie sprechen von dem Dienstvertrag als einem Arbeitsvertrag mit Gefahrtragung des Arbeitgebers. Damit drücken sie sich nicht genau genug aus, denn auch der Arbeiter trägt die Gefahr als Schuldner nach der Regel des § 323, soweit nicht beim Dienstvertrag wie z. B. im § 616 etwas Besonderes gilt. Wenn auf Seiten des Arbeiters durch Zufall ein Hinderungsgrund eintritt, der nicht unter den § 616 fällt, so verliert er nach der Regel des § 323 den Anspruch auf die Gegenleistung, trägt also die Gefahr. Wenn bei Dienstvertrag von Gefahrtragung gesprochen wird, so meint man damit etwas ganz anderes, nämlich: Der Arbeitgeber trägt die Gefahr des Arbeitserfolges, die Erfolgsgefahr. Aus diesem Grunde ist der Ausdruck „Erfolgsgefahrtragung" gewählt worden. Er geht in seiner Bedeutung weiter als der der Gefahrtragung im gewöhnlichen Sinne der §§ 323 ff. Die Erfolgsgefahr stellt sich nicht mehr als eigentliche Gefahr im Sinne des BGB, also als Leistungsgefahr dar. Es geht aus dem Wesen des Dienstvertrages hervor, daß das Risiko des Scheiterns des Arbeitserfolges der Arbeitgeber trägt. Beim Dienstvertrag ist nur Arbeit als solche versprochen, der Erfolg der Arbeit geht den Arbeiter nichts an. Er hat das seinerseits Erforderliche, also Arbeit an sich zu leisten, der Eintritt des Erfolges ganz von ganz anderen Voraussetzungen abhängen. Der Arbeiter kann vollständig erfüllt haben, und trotzdem ist es möglich, daß ein Erfolg nicht eintritt oder daß der bereits erreichte Erfolg wieder hinfällig wird. Wenn z. B. nach 14tägiger Arbeit ein Hindernis eine Fortführung der Arbeit nicht zuläßt, so ist der Erfolg der Arbeit vereitelt aber es liegt keine Unmöglichkeit der bisherigen Leistung auf Seiten des Arbeiters vor. Dieser hat nur Dienste versprochen und hat diese ordnungsgemäß 14 Tage lang geleistet, für diese Zeit erhält er natürlich seinen Lohn. Der Arbeitgeber muß ihn bezahlen, obwohl kein Arbeitsresultat zustande gekommen ist. Ebenso bekommt der Ziegeleiarbeiter Lohn, wenn die bereits hergestellten Ziegel gestohlen werden oder sonst untergehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie abgenommen sind oder nicht. Daß der Arbeitserfolg, der mit der Arbeit bezweckt war, nicht erreicht ist, oder das fertige Arbeitsresultat untergeht, ist eine andere Frage, die nichts mit einer gewöhnlichen Gefahrtragung

---

[32]) Siehe dazu Fischer in Jher. Jahrb. 51, S. 227, der das aber wohl nur für die locatio conductio operarum annimmt.

Vergleiche auch Brinz Pand. II, S. 318—320, insbesondere S. 313, Anm. 7—8: „Arbeit schlechthin kann vom Zufall nicht betroffen werden, entweder ist es die Person, über welche der Unfall hereinbricht, oder aber die Sache". Siehe auch S. 767.

im Sinne des BGB zu tun hat. Die Erfolgsgefahr beim Dienstvertrag liegt immer beim Arbeitgeber, auch wenn auf Seiten des Arbeiters ordnungsgemäß erfüllt ist.

Das muß festgestellt werden und ist oft übersehen worden. Man hat einfach gesagt: Beim Dienstvertrag trägt der Arbeitgeber die Gefahr, ohne damit klar genug auszudrücken, daß diese Gefahrtragung in Wirklichkeit eine Erfolgsgefahrtragung ist, also in weitere Grenzen gefaßt werden muß als die Gefahrtragung des BGB. Die Gefahrtragungslehre beim Dienstvertrag dürfte sich an sich nur um die Fälle kümmern, in denen eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Und insoweit ist es richtig, wenn behauptet wird, beim Dienstvertrag gäbe es eigentlich keine Gefahrtragung [33]). Aus diesem Grunde hat der Begriff Erfolgsgefahrtragung seine Berechtigung. Er soll klarmachen, daß die Erfolgsgefahrtragung über den Begriff der BGB-Gefahrtragung hinausgeht. Erfolgsgefahr und Leistungsgefahr stehen in Beziehung zueinander. Verwirklicht sich die Leistungsgefahr, d. h. wird dem Arbeiter das Arbeiten durch Zufall überhaupt unmöglich, so kann natürlich auch der bezweckte Arbeitserfolg nicht eintreten. Man kann deshalb die Erfolgsgefahr als Oberbegriff ansehen; sie umschließt zu einem Teil die Leistungsgefahr. Der Ausdruck Gefahrtragung ist deshalb gewählt worden, weil man damit immer den Einfluß zufälliger Ereignisse auf ein bestehendes Schuldverhältnis andeuten will, und weil er in der Wissenschaft auch auf den Dienstvertrag dauernd angewendet worden ist. Es handelt sich außerdem immer um die Frage nach der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, nach dem Verhältnis von Arbeit zum Arbeitslohn bei zufälliger Verhinderung des Arbeitserfolgs. Beim Werkvertrag deckt sich Erfolgsgefahrtragung mit Gefahrtragung, denn der Werkvertrag ist erst erfüllt, wenn ein Arbeitsresultat erreicht worden ist.

Auf diesen Unterschied in der Erfolgsgefahrtragung bei Dienstvertrag und Werkvertrag soll besonders im folgenden eingegangen werden.

§ 5. Eine Würdigung der Ansicht Rümelins von der Bedeutung der Erfolgsgefahrtragung für die Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag.

Rümelin hat als einer der ersten den Versuch gemacht, die beiden Vertragsarten Dienstvertrag und Werkvertrag auf der Grundlage der Gefahrverteilung abzugrenzen. Er sieht den einzigen Unterschied zwischen den beiden Verträgen in der verschiedenen „Gefahrtragung". Seine Auffassung begründet er folgendermaßen: „Es ist möglich, bei der Gefahrtragung und bei der Richtung des Werkvertrags auf einen Erfolg sowohl an den Tatbestand als auch an die Rechtswirkung zu denken. Denkt man bei der Gefahrtragung an die Rechtswirkung, also daran, daß das Entgelt nur gezahlt werden braucht, wenn ein Erfolg erreicht ist, so sind die beiden Rechtswirkungen: die Gefahr tragen und zur Erreichung eines Erfolgs gegen Entgelt verpflichtet zu sein, identisch! Die Tatbestände: die Herbeiführung eines Erfolgs versprechen, und: bei der Zusage einer Arbeit gegen Entgelt die Gefahr übernehmen, unterscheiden sich zwar äußerlich, aber da die

---

[33]) Siehe Meyer, a. a. O. S. 19: „Während man daher in vielen Fällen beim Dienstvertrag die Gefahrtragungsfrage abschneiden kann mit der Feststellung, daß der Arbeiter seine Leistung bewirkt habe, weil der Erfolg ihn nichts angeht, ist beim Werkvertrag das Gegenteil der Fall.

Brinz Pand. II, S. 318: . . . „Da es sich um operae, nicht opus handelt, trifft der casus den Inhalt der Obligation nicht: weder die schon geleisteten operae — sie sind schon geleistet — noch die zukünftigen, sie bestehen in Gedanken."

Stern, S. 109: „Beim Dienstvertrag hat der Arbeiter mit der Leistung der Dienste erfüllt. Es kann dann von einem periculum obligationis keine Rede sein.

Siehe auch Fischer, Jher. Jahrb. 51, S. 226.

Rechtswirkung, auf welche die Zusage sich richtet, dieselbe ist, können auch die Tatbestände als materiell gleichwertig angesehen werden. Es wird nur in verschiedener Form dasselbe versprochen." Rümelin untersucht dann, wie sich die einzelnen Vorschriften des Dienstvertrags- und Werkvertragsrechts zueinander verhalten und kommt zu dem Schluß, daß alle Bestimmungen des einen auch auf den andern Vertrag anwendbar seien, soweit sie nicht mit der verschiedenen Gefahrtragung zusammenhängen. Von diesen Voraussetzungen aus kommt nun Rümelin logisch zu dem Ergebnis, daß, wenn die Parteien in einem Arbeitsvertrag die Erfolgsgefahrtragung abändern, der Vertrag dadurch ein völlig anderer wird. Er bringt das Beispiel vom Suchen und Finden einer Sache [34]). Wenn der Verlierer für das Finden eine Belohnung aussetze und sage, dieselbe soll auch bezahlt werden, wenn nicht gefunden wird, so habe er sich unkorrekt ausgedrückt, es liegt nur Dienstvertrag vor. Das heiße also: Kann aus den Parteivereinbarungen geschlossen werden, daß den Arbeitgeber die Gefahr trifft, so müsse ein Dienstvertrag vorliegen. Ein solcher Vertrag mit Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers könne kein Werkvertrag sein [35]).

Rümelin schließt so von der Rechtswirkung auf den Tatbestand. Es sei seiner Ansicht nach möglich, den Tatbestand des Werkvertrages durch die Gefahrtragung ebenso zu charakterisieren wie durch den herzustellenden Erfolg [36]).

Es ist Rümelin nun oft vorgeworfen worden, daß er die Rechtsfolgen und den Tatbestand miteinander vermenge. Die Gegner führen an, man könne nur sagen: weil ein Werkvertrag vorliegt, trägt die Gefahr der Arbeitnehmer, aber nicht umgekehrt, weil der Arbeiter in einem entgeltlichen Arbeitsvertrag die Gefahr trägt, liegt ein Werkvertrag vor. Es sei ein logischer Fehler, von den Rechtsfolgen auf den Tatbestand zu schließen [37]).

Rümelin hat nun insoweit Recht, als die Vereinbarung über die Gefahrtragung, also ein Tatbestandsmoment, dazu benutzt werden kann, in zweifelhaften Fällen festzustellen, ob von den Parteien ein Werkvertrag oder Dienstvertrag gewollt ist [38]). Voraussetzung für die Benutzung der Gefahrtragung als Unterscheidungsmerkmal ist aber, daß irgendwie aus den Vereinbarungen auf die Gefahrtragung einer Partei geschlossen werden kann. Somit ist es natürlich nicht mög-

---

[34]) S. 17.

[35]) S. 24.

[36]) S. 18.

[37]) So insbesondere Lotmar II. S. 827 ff.: „Die Frage, ob der Arbeitsvertrag des Rechtsanwalts N. oder des Heimarbeiters X. mit den Rechtsfolgen des Dienstvertrags oder Werkvertrags verknüpft sei, kann nicht dadurch beantwortet werden, daß man sagt: er sei ein Werkvertrag, weil die Rechtsfolgen des Werkvertrags, ein Dienstvertrag, weil die des Dienstvertrags hinzukommen. Ein Arbeitsvertrag ist nicht Dienst- oder Werkvertrag, weil er gewisse Rechtsfolgen hat, sondern weil er ein Dienstvertrag oder Werkvertrag ist, hat er gewisse Rechtsfolgen. Auch kann dies verkehrte Verfahren nicht richtig werden, wenn es sozusagen mit einer Verschleierung angewandt wird, indem man die auf eine Rechtsfolge gerichtete Parteiabsicht entscheiden läßt und damit scheinbar auf einen Unterschied im Tatbestand abstellt. (S. 828.) Die Ausbedingung der Gefahrtragung gehört nicht zum gesetzlichen Tatbestand des Werkvertrages. Die Rechtsfolge der Gefahrtragung tritt auch ohne darauf gerichteten Parteiwillen ein."

Gegen Rümelin auch Lehmann bei Ennecc., S. 506; Oertmann, Komm. S. 895; Riezler, S. 44, versucht auch die Verträge nach der Gefahrtragung zu scheiden. Er meint aber, daß in einem solchen Verfahren eine „logische Umkehrung" liege. Siehe auch Stern, S. 108, Planck-Str. Komm. S. 954.

[38]) Siehe dazu auch Riezler, S. 44—45; R.G. Bd. 72, S. 282.

lich, dann eine solche Vereinbarung zur Abgrenzung zu benutzen, wenn in dem besonderen Vertrage gar keine eigentliche Gefahr vorhanden ist[39]).

Es ist aber in den meisten Fällen ausgeschlossen, auch wenn etwas über Erfolgsgefahrtragung vereinbart sein sollte, daraus mit absoluter Sicherheit auf Dienstvertrag oder Werkvertrag zu schließen. Rümelins Voraussetzungen, auf denen er seine Schlußfolgerungen aufbaut, sind zum Teil falsch, denn die verschiedene Gefahrtragung ist nicht der einzige Unterschied, den die beiden Vertragsarten aufzuweisen haben. Rümelin hat nicht Recht, wenn er behauptet, daß bei Übernahme der Gefahr durch den Arbeitgeber immer ein Dienstvertrag vorliegen muß.

Es ist nicht genau genug beachtet worden, wie die Erfolgsgefahrtragung der Parteien des Dienst- und Werkvertrages sich eigentlich zum gesetzlichen Tatbestand der beiden Vertragsarten verhält. Um das feststellen zu können, muß zunächst Klarheit geschaffen werden über das Verhältnis der Gefahrtragung zum Tatbestand eines gegenseitigen Vertrages.

Die Gefahrtragung befaßt sich, wie oben erwähnt, mit einer Schadensverteilung zwischen Schuldner und Gläubiger, die von dem BGB grundsätzlich im § 323 vorgenommen ist. Es besteht nun kein Zweifel, daß die Vertragsparteien eines gegenseitigen Vertrages eine Abänderung der Gefahrtragung vornehmen können. Es ist z. B. denkbar, daß Verkäufer und Käufer ausmachen, die Gefahr solle schon bei Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergehen, oder beim Versendungskauf z. B. solle nicht nur die Sachgefahr, sondern auch die Rechtsgefahr mit dem Augenblick der Versendung vom Käufer übernommen werden. Hier wird dann freilich schon der Tatbestand des Kaufvertrages in dem Sinne modizifiziert, daß ein Teil der vom Gesetz bestimmten Rechtsfolgen von den Parteien durch ihre Vereinbarung entweder beseitigt oder abgeändert wird. Die Vereinbarung über die Gefahrtragung gehört aber grundsätzlich nicht zum Tatbestand des Kaufvertrages. Sie gehört noch nicht einmal zum Tatbestand des gegenseitigen Vertrages im allgemeinen, sondern die Gefahrtragung ist vom Gesetz in bestimmter Weise an den Tatbestand eines gegenseitigen Vertrages als Rechtsfolge angeknüpft. Die Rechtsfolge der Gefahrtragung tritt auch ein, wenn der Wille der Parteien nicht auf sie gerichtet ist, vorausgesetzt, daß im übrigen die wesentlichen Bestandteile des einzelnen Vertrages vorliegen. Wenn beim Kaufvertrag beispielsweise nichts Besonderes über die Gefahr gesagt wäre, so würde sie der Schuldner nach der Regel des § 323 bis zur Erfüllung zu tragen haben.

Eine Vereinbarung über die rein technische Gefahrtragung des BGB kann daher nicht zum Unterscheidungsmerkmal von Tatbeständen gemacht werden, auch nicht zum Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag. Eine Gefahrtragung im technischen Sinne, also in dem Sinne der Regelung der Einwirkung des Zufalls auf ein schwebendes Schuldverhältnis kann auch dann vorliegen, wenn n a c h Abschluß des Dienst- oder Werkvertrages die vertragliche Leistung unmöglich wird, b e v o r überhaupt mit der Arbeit begonnen ist[40]). Beim Werkvertrag würde die vertragliche Leistung der zu erreichende Erfolg sein, beim Dienstvertrag nur Arbeit an sich oder Tätigkeit als solche. Dienstvertrag und Werkvertrag stehen hinsichtlich dieser Leistungsgefahrtragung völlig gleich. Wird die vertragliche Leistung unmöglich, so trägt in beiden Fällen der Schuldner, also der Arbeitnehmer, die Gefahr. Er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung. Dienst- und Werkvertrag unterscheiden sich hier überhaupt nicht. Es ist auch völlig gleichgültig, was die Parteien vereinbart haben, ob Erfolg, oder

---

[39]) Das ist von R ü m e l i n auch selbst erkannt worden. S. S. 169, 210, 309.

[40]) A. A. L o t m a r II. S. 597, der aber übersieht, daß es im § 323 nur auf nachträgliche Unmöglichkeit ankommt; diese kann auch vorliegen, wenn mit der Arbeit noch nicht begonnen ist. L. meint hier wohl Erfolgsgefahr.

Tätigkeit oder nichts Bestimmtes versprochen ist, ob überhaupt von einem Arbeitserfolgsrisiko die Rede gewesen ist. Die Gefahr trägt hier in beiden Fällen der Arbeiter, weil sich notwendig an den Abschluß des Vertrages die Rechtsfolge der Gefahrtragung nach der Regel des § 323 anschließt. Spricht man aber von Erfolgsgefahr, d. h. nimmt man den Arbeitserfolg mit in den Gefahrtragungsbegriff hinein, dann ist es möglich, die Rümelinsche Unterscheidung zu verstehen.

Beim Werkvertrag deckt sich Erfolgsgefahrtragung mit Gefahrtragung im Sinne des § 323. Sie schließt sich dem Tatbestand des Werkvertrages als Rechtsfolge an, weil hier Vertragsziel die Erreichung des Erfolges ist. Beim Dienstvertrag hingegen — das haben wir gesehen — bedeutet Erfolgsgefahrtragung etwas anderes. Eine Gefahrtragung im Sinne des § 323 liegt beim Dienstvertrag nur vor, das sei nochmals festgestellt, wenn die Dienste an sich unmöglich werden. Diese „Gefahrtragung" ist die vom Gesetz an den Tatbestand des Dienstvertrages angeschlossene Rechtsfolge. Mit der Leistung von Diensten ist der Dienstvertrag erfüllt, damit also die Grenze gezogen, bis zu der man den Begriff „Gefahrtragung", so wie er dem § 323 und den übrigen Vorschriften zugrunde liegt, verwenden kann. Wenn man den Begriff Erfolgsgefahrtragung verwendet, so fügt man dem Gefahrtragungsbegriff ein Element „Erfolg" hinzu, das diesem Begriff „Gefahrtragung" im Sinne des BGB als Rechtsfolge beim Dienstvertrag nicht angehören kann. Die Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers ist nicht Rechtsfolge, die sich nach § 323 an den Tatbestand des Dienstvertrages anschließt. Sie steht also zum gesetzlichen Tatbestand des Dienstvertrages nicht in dem gleichen Verhältnis wie die Erfolgsgefahrtragung des Arbeitnehmers zum gesetzlichen Tatbestand des Werkvertrages. Das muß mit aller Deutlichkeit festgestellt werden, denn es ist die Gleichstellung des Verhältnisses der Gefahrtragung zum Tatbestand des Dienst- und Werkvertrages der Fehler, aus dem die falschen Schlüsse gezogen worden sind. Es ist allgemein gesagt worden: beim Werkvertrag trägt der Arbeitnehmer die Gefahr, beim Dienstvertrag der Arbeitgeber. Aus diesem Grunde ist auch Rümelin zu der falschen Auffassung gekommen, daß die Gefahrtragung der einzige Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag sei, und daß von der Vereinbarung einer Erfolgsgefahrtragung unbedingt auf den Rechtstyp des zugrunde liegenden Vertrages zu schließen ist.

Wenn bei Abschluß eines entgeltlichen Arbeitsvertrages von einer Erfolgsgefahr gesprochen ist, dann kann daraus der Schluß gezogen werden, daß auch der Erfolg der Arbeit in den Tatbestand hineingenommen ist. In solchen Fällen, also bei Betonung des Erfolgs, kann auf Werkvertrag geschlossen werden. Wird dagegen von einer Erfolgsgefahrtragung nichts erwähnt, so läßt sich der Schluß ziehen, daß Dienstvertrag vorliegen kann. Hier soll in der Regel nach dem Parteiwillen, der durch Auslegung festzustellen ist, von einer Erreichung des Arbeitserfolges als Vertragsziel abgesehen werden, die Gefahr des Nichterreichens des Arbeitserfolges der Arbeitgeber tragen. Diese Erfolgsgefahrtragung besteht hier für den Gläubiger nur insoweit, als ein mit der Arbeit von ihm bezweckter Erfolg nicht erreicht wird, ein Ziel, das niemals der Inhalt des Vertrages gewesen ist. Der Arbeitgeber trägt hier die Gefahr, wie er sie „hinsichtlich anderer ihm gehörender Sachen trägt" [41]). Diese Erfolgsgefahrtragung im Gegensatz zur Leistungsgefahrtragung im Sinne des BGB ist für den Dienstvertrag etwas so Typisches, daß bei Abschluß eines entgeltlichen Arbeitsvertrages die Parteien an diese Art der Gefahrtragung nicht denken werden.

Nehmen die Parteien aber ausdrücklich eine Vereinbarung der Erfolgsgefahrtragung zu Lasten des Arbeitnehmers vor, so geht ihr Wille dahin, daß ein bestimmtes Resultat durch Arbeit vom Arbeitnehmer erreicht werden soll. Mit anderen Worten heißt das: sie haben einen Werkvertrag abgeschlossen. Mit einer solchen Vereinbarung ist von den Parteien ein Trennungsstrich gezogen worden.

---

[41]) Stern S. 109.

Ein Arbeitsvertrag, in dem die Erfolgsgefahrtragung des Arbeitnehmers Platz greifen soll, kann kein Dienstvertrag sein. Mit dieser Vereinbarung ist eine vollkommene Änderung des Dienstvertragstatbestandes erfolgt. Wir haben oben gesehen, daß die Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers nicht eine nach dem § 323 an den gesetzlichen Tatbestand des Dienstvertrages geknüpfte Rechtsfolge ist. Wenn die Parteien, die oft zwischen „Diensten" und „Arbeit samt Erfolg" nicht unterscheiden, von Diensten sprechen oder an Arbeit als solche denken, dabei aber eine Änderung der dem inneren Wesen des Dienstvertrages entsprechenden Erfolgsgefahrtragung im weiteren Sinne vornehmen und die Erfolgsgefahr dem Arbeitnehmer auferlegen wollen, so haben sie nicht den Ausschluß einer natürlichen Rechtsfolge vereinbart. Eine solche Vereinbarung ist nicht dasselbe wie eine Abrede der Parteien des Kaufvertrages über die Verschiebung der Gefahrverteilung. Ist aus den Parteivereinbarungen — selbst wenn nur von Diensten gesprochen ist — zu entnehmen, daß das Entgelt nur bei erreichtem Erfolg zu zahlen ist, der Arbeitnehmer also die Erfolgsgefahr tragen soll, dann ist die Erreichung des Erfolgs zum Vertragsziel gemacht. Der gesamte Tatbestand eines solchen Vertrages ist nicht mehr Dienstvertrag, sondern Werkvertrag.

Man kann Rümelin also insoweit Recht geben: es kann keine Dienstverträge geben, in denen eine Erfolgsgefahrtragung des Arbeiters vereinbart ist. Es ist also in einem solchen Falle möglich, von der Vereinbarung über die Erfolgsgefahr auf den Tatbestand zu schließen.

Nun ist aber noch eine weitere Untersuchung nötig. Es ist möglich, daß der Parteiwille, der allein maßgebend ist, ausdrücklich auf eine „Gefahrtragung" des Arbeitgebers gerichtet ist. Nach Rümelin soll hieraus der Schluß gezogen werden, daß notwendig ein Dienstvertrag vorliegen muß. Das trifft nicht zu. Auch in einem solchen Falle können die Parteien den durch Arbeit zu erreichenden Erfolg in den Tatbestand in dem Sinne hineinnehmen, daß dieser Erfolg die eigentlich geschuldete Leistung sein soll. Sie denken aber daran, daß ein solcher Erfolg durch Zufall verhindert werden kann, und überlegen sich, ob auch das Entgelt zu zahlen sein soll, wenn der mit der Arbeit bezweckte, in den Tatbestand hineingenommene Erfolg durch irgendeinen Zufall nicht erreicht wird. Dann können sie auch eine Vereinbarung dahin treffen, daß die Zahlung des Entgelts auch dann erfolgen soll, wenn das Arbeitsresultat aus einem von beiden nicht zu vertretenden Umstande nicht erreicht werden sollte. Trotz einer solchen ausdrücklich in den Tatbestand eines entgeltlichen Arbeitsvertrages hineingenommenen Abrede kann im konkreten Falle ein Werkvertrag vorliegen; dann nämlich, wenn die Parteien des Vertrages nicht irgendeinen außerhalb des Vertrages liegenden Erfolg im Auge haben, sondern sich diesen Erfolg als Vertragsziel setzen. Der Vertrag bleibt auch Werkvertrag, wenn ausgemacht wird, daß der Arbeitnehmer Vergütung erhalten soll, wenn durch Zufall ihm eine Erreichung des Erfolgs nicht möglich ist. Hier sind nur die von dem § 644 an den Tatbestand „Versprechen eines durch Arbeit zu erreichenden Erfolgs gegen Zahlung der Vergütung" geknüpften Rechtsfolgen von den Parteien geändert worden. Die Parteien haben dann in Abweichung von der gesetzlichen Regel die Erfolgsgefahrtragung des Bestellers genau so gültig vereinbart, wie z. B. Verkäufer und Käufer eine Gefahrtragung des Käufers schon mit Abschluß des Vertrages ausbedingen können. Eine Abänderung des Tatbestandes ist hier nur insofern erfolgt, als von den Parteien eine gesetzliche Rechtsfolge ausgeschlossen ist. Es liegt aber nicht etwa Dienstvertrag vor, sondern nur Werkvertrag, und es greifen die übrigen Rechtsfolgen der §§ 631 ff. Platz. Es gibt somit Werkverträge mit Gefahrtragung des Bestellers oder umgekehrt: es ist nicht richtig, daß ein Arbeitsvertrag mit Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers unbedingt Dienstvertrag sein muß. Dienstvertrag könnte er deswegen sein, weil eine Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers an sich dem Wesen des Dienstvertrages entspricht. Trotzdem kann er Werkvertrag

sein, weil von den Parteien eine Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers ausdrücklich vereinbart werden kann, obwohl der Zweck des Vertrages auf die Erreichung eines Arbeitserfolgs gerichtet ist.

Daß Arbeitsverträge mit Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers Werkverträge sein können, wird durch die zahllosen Fälle bewiesen, in denen von den Parteien zwar ausdrücklich die Erreichung eines Erfolgs zum Gegenstand des Vertrages gemacht ist, dabei aber verabredet wird, daß die Vergütung oder ein Teil auch gezahlt werden soll, wenn der Erfolg aus Zufall nicht erreicht werden sollte. Bestelle ich einen Schlosser oder Klempner zu mir und vereinbare mit ihm, er solle mir meine Lampe zurecht machen, ich will ihm aber auch Stundenlohn zahlen, „wenn etwas dazwischen kommt", so bleibt der Vertrag Werkvertrag; Ich habe gegen den Arbeiter die Mängelansprüche, wenn das Werk schlecht sein sollte, ich muß nach dem § 640 abnehmen usw. Eine Vereinbarung des eben erwähnten Inhalts wird in Wirklichkeit kaum getroffen werden. Das Beispiel ist nur gewählt worden, weil ganz klar aus der Vereinbarung hervorgeht, wer die Gefahr tragen soll. In der Regel wird sich schon aus der Zeitlohnvereinbarung entnehmen lassen, daß der Besteller die Erfolgsgefahr zu tragen hat. Heute wird ja in den weitaus meisten Verträgen mit Handwerkern Zeitlohn vereinbart. Lasse ich mir ein Zimmer tapezieren, eine elektrische Leitung legen, eine Wasserleitung einrichten, so muß ich im Normalfall Zeitlohn zahlen. In diesen Fällen stellt sich der Zeitlohn nicht als bloße Berechnungsart dar und ist nicht nur zu entrichten unter der Bedingung, daß der Erfolg eintritt, sondern es ist eine Gefahrabwälzung auf den Besteller in Abweichung von der Regel des § 644 vorgenommen. Besonders tritt diese abweichende Regelung der Erfolgsgefahrtragung bei den Transport- und Frachtverträgen hervor, in denen auch das Entgelt oder ein Teil gezahlt wird, wenn das Ziel nicht erreicht werden kann. So erhält im § 428 HGB der Frachtführer bei Unterbrechung eine Entschädigung, der Besteller trägt also die Gefahr, im § 630 HGB ist in gewissen Fällen Distanzfracht zu bezahlen, wenn das Schiff durch Zufall untergeht, ebenso in den §§ 64, 69 Bi.Schiffahrts-Ges. Auch im § 670 HGB in Verbindung mit § 668, 669 HGB ist ein Teil des Überfahrtsgeldes zu zahlen, wenn ein Zufall die Reise unterbricht. Rümelin selbst nennt diese Art von Verträgen Kombinationsformen[42]). Das ist unnötig, denn es ist einfacher, sie als Werkverträge mit abweichender Gefahrtragung anzusehen. Rümelin selbst hat zum Teil eingesehen, daß es nicht immer möglich ist, aus der Vereinbarung der Gefahrtragung festzustellen, ob Werkvertrag oder Dienstvertrag vorliegt. Er bemängelt seine eigene Unterscheidung[43]).

---

[42]) Er bringt Seite 28 das Beispiel, daß ein Maler auch ein Viertel des Honorars erhalten soll, wenn das Bild vor der Abnahme zufällig zerstört wird. Es liege dann ein Dienst- und Werkvertrag kombiniert vor. Der Dienstvertrag sei für den Fall abgeschlossen, daß der in Aussicht genommene Erfolg nicht erreicht, der in erster Linie geschlossene Werkvertrag nicht zur Durchführung gelangt. Siehe auch S. 164, wo bei Transportverträgen für Zeitlohn zwei Verträge anzunehmen sind.

Ähnlich auch Molitor S. 33, der beim Vertrag eines Lehrers, Arztes, Rechtsanwalts einen Tätigkeitsvertrag annimmt, der aber mit einem bedingten Erfolgsvertrag verbunden sein soll.

Auch Meyer S. 35—36 nimmt Kombinationsfälle an, da oft in erster Linie für den beabsichtigten Erfolg, evtl. aber auch für die Arbeit als solche das Entgelt zu zahlen sei.

[43]) S. 309: „Arbeitsverträge mit und ohne Gefahrtragung sind nicht scharf genug zu sondern."

S. 281: „Abgrenzung nach Gefahrübernahme hat keinen Sinn."

S. 169: „Wo gar keine Gefahr denkbar ist, hat die Frage nach der Gefahr keinen Sinn."

S. 165: „Die Bedeutung der Gefahrtragung ist eine sehr geringe."

Es ist jedenfalls leichter zu entscheiden, ob in einem gegebenen Falle Tätigkeit oder Erfolg versprochen ist als festzustellen, ob die Vereinbarung der Parteien irgendetwas über die Erfolgsgefahrtragung erkennen läßt. Da die Gefahrtragung immer nur dann praktische Bedeutung erlangt, wenn schadenanrichtende Zufälle eintreten, dürfte es nicht gerechtfertigt sein, der Gefahrtragung einen so überragenden Einfluß einzuräumen. Eine zufällige Hinderung des Erfolgs ist nicht so häufig, daß der Gedanke an die Wirkung dieses Zufalls in den Vereinbarungen hervortreten wird. Viele Vorschriften beim Dienstvertrag und Werkvertrag stehen oft in gar keinem inneren Zusammenhang mit der Gefahrtragung [44]), so daß nicht von der Vereinbarung einer besonderen Rechtsfolge darauf geschlossen werden kann, daß auch die übrigen Rechtsfolgen eintreten [45]). Nur wenn eine Erfolgsgefahrtragung des Arbeitnehmers vereinbart ist, kann der Schluß gezogen werden, daß kein Dienstvertrag vorliegt, sondern nur Werkvertrag, und das eben deshalb, weil der Tatbestand und die Rechtsfolgen des Dienstvertrages mit einer Erfolgsgefahrtragung des Arbeitnehmers nicht in Einklang gebracht werden können. Auf einen solchen Vertrag sind sinngemäß nur die übrigen Vorschriften des Werkvertrages anwendbar. Eine Erfolgsgefahrtragung des Bestellers dagegen verträgt sich mit dem Tatbestand des Werkvertrages. Es ist nicht so, daß in einem solchen Falle die übrigen Vorschriften des Werkvertrages nicht zur Anwendung kommen könnten. Sie haben auch ihren Sinn nicht verloren, wenn in einem besonderen Falle einmal der Besteller die Erfolgsgefahr trägt.

Aus dem ganz verschiedenen Verhältnis der Erfolgsgefahrtragung zum Tatbestand der beiden Grundformen des Arbeitsvertrages ergibt sich, daß man nicht, wie Martius es tut [46]), den Werkvertrag als lex specialis zum Dienstvertrag ansehen kann. Martius sucht dies damit zu beweisen, daß er die Anwendungsmöglichkeit der Dienstvertragsnormen auf den Werkvertrag prüft, und sie in vollem Umfang bejaht. Bei ihm ist der Werkvertrag lediglich eine durch die erhöhte Gefahrtragung gegebene Unterform des Dienstvertrages [47]).

Es ist nun nicht möglich, eine Gesetzeskonkurrenz, als die sich ja das Verhältnis zweier gesetzlicher Tatbestände in dem von Martius angegebenen Sinne darstellen würde, dadurch zu beweisen, daß man die Rechtsfolgen der beiden Tatbestände miteinander vergleicht und schließlich zu dem Ergebnis kommt, daß die Rechtsfolgen der lex generalis auf die lex specialis anwendbar sind. Es ergibt sich aus der nahen Verwandtschaft der beiden Vertragsarten, daß mehrere gesetzliche Bestimmungen des einen Vertrages auf den andern passen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nun der Werkvertrag sich als lex specialis darstellt. Wenn das nämlich zuträfe, müßten sämtliche Werkverträge auch zugleich Dienstverträge sein, denn alle Tatbestände der lex specialis müssen zugleich auch unter die lex generalis subsumiert werden können [48]).

Es ist richtig, den Werkvertrag als eine Unterart des Arbeitsvertrages im weitesten Sinne anzusehen. Das will Martius wohl auch. Eine solche Unterform ist der Dienstvertrag aber auch. Man kann sagen, daß alle Werkverträge und Dienstverträge Arbeitsverträge sind. Sie umfassen den Tatbestand eines Arbeitsvertrages, fügen diesem noch besondere Tatbestandsmerkmale hinzu, stehen also als leges speciales der lex generalis „Arbeitsvertrag" gegenüber. Ein solches Tatbestandsmerkmal kann beim Werkvertrag aber nicht die Gefahrtragung des Arbeitnehmers sein, denn diese ist für ihn nicht essentiell. Dienst- und Werk-

---

[44]) Rümelin S. 304, Martius S. 12 ff.
[45]) So Lotmar II S. 829.
[46]) Martius: Der Bergführervertrag 1906.
[47]) S. 18.
[48]) Rud. Schmidt: Gesetzeskonkurrenz S. 28.

vertrag stehen deshalb nicht in dem von Martius bestimmten Verhältnis zueinander, sondern sind als gleichberechtigte Unterarten des Oberbegriffs „Arbeitsvertrag" anzusehen.

Damit soll nicht gesagt sein, daß in einigen Fällen eine analoge Anwendung dieser oder jener Vorschriften der einen Vertragsart auf die andere nicht möglich sei. Eine solche muß aber von Fall zu Fall genau geprüft werden, da das Gesetz die Tatbestände nun einmal geschieden hat. Es gibt bei beiden übrigens Vorschriften, die auf die andere Vertragsart nicht übertragen werden können. So z. B. lassen sich die §§ 635—638 nicht auf den Dienstvertrag anwenden, sie passen gar nicht dorthin. Man kann sie aber auch nicht mit der Erfolgsgefahrtragung beim Werkvertrag in Zusammenhang bringen.

Rümelin's Auffassung ist nur teilweise richtig. Man hat seine Ansicht deshalb so schwer widerlegen können, weil man sich nicht klar gemacht hat, daß Erfolgsgefahrtragung mehr bedeutet als Gefahrtragung schlechthin und daß der Begriff Erfolgsgefahrtragung zum Tatbestand des Dienstvertrages in einem ganz anderen Verhältnis steht als zum Tatbestand des Werkvertrages. Dieser neugebildete Begriff ist der einzig richtige, wenn man auf den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag durch Gefahrtragung eingehen will.

§ 6. Die Bedeutung der Erfolgsgefahrtragung. Überblick.

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich insofern besonders von den sonstigen gegenseitigen Verträgen, als es bei ihm zur Erfüllung in den weitaus meisten Fällen einer erheblichen Mitwirkung des Arbeitgebers bedarf. Diese stellt sich nicht nur so dar, daß der Arbeitgeber als Gläubiger die fertige Leistung „annimmt", sondern es gehört weiter zu seiner Gläubigerstellung, Material, Räume, Gerätschaften, kurz das „Arbeitssubstrat" zu stellen. Das zeigt sich sowohl beim Dienst-, wie beim Werkvertrag. Wenn auch streng genommen unter die Gefahrtragung im Sinne des BGB nur alle die Fälle passen, in denen die schuldnerische Leistung unmöglich wird, so wird man bei der Behandlung der Erfolgsgefahr auch die Fälle einbegreifen müssen, in denen es zum Arbeitserfolg nicht kommt, weil Zufälle beim Gläubiger eintreten.

Es handelt sich aber außerdem nun auch darum, nicht nur die Wirkung des Zufalls zu betrachten, wenn der Arbeitserfolg überhaupt nicht eintritt, sondern auch dann eine Regelung zu suchen, wenn die Erreichung des Erfolgs eine gewisse Zeitlang verzögert oder gehemmt wird, so daß irgendein Stück der Gesamtarbeitsleitung nicht zustande kommt, der Erfolg aber schließlich doch noch eintreten kann [49]). Es besteht auch hierin ein Unterschied zwischen einem Arbeitsvertrag und einem Vertrag auf Lieferung einer Sache. Geht in einem solchen die Sache zugrunde, so ist sie unwiderruflich dahin. Arbeitskraft, die eine Zeitlang brach gelegen hat, ist streng genommen auch für immer dahin, es kann aber nach Versäumnis und Verhinderung weitergearbeitet werden, so daß das Arbeitsresultat schließlich doch noch zustande kommt. Auch mit diesen Fällen muß sich die Lehre von der Erfolgsgefahrtragung beim Arbeitsvertrag beschäftigen. Es gibt auch eine Erfolgsgefahr in dem Sinne einer zufälligen Verhinderung eines Leistungsstücks an Arbeit. Der Arbeiter trägt das Risiko dieser Erfolgsverzögerung, wenn er eine Zeitlang Arbeitskraft aufgewendet hat, ohne Entgelt zu bekommen; der Arbeitgeber trägt es, wenn er Lohn zahlen muß, obwohl ihm die Arbeitskraft eine Zeitlang nichts genützt hat.

Einige Schriftsteller [50]) nehmen bei der Behandlung der Gefahrtragung eine genaue Einteilung der Gefahren vor, insbesondere scheidet Rümelin z. B.

[49]) Rümelin S. 76: „Gefahr der Unterbrechung".

[50]) Stern S. 110, 111, Oertmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24, S. 24. Rümelin S. 76.

„Gefahr der Zeit", „der Unterbrechung", „der Unternehmung", „des Materials" [51]). Es soll versucht werden, durch diese Unterscheidung einzelner Gefahrarten eine für alle Arbeitsverträge gültige Formel zu finden.

Es ist richtig, beim Arbeitsvertrag einige grundsätzliche Überlegungen über die Gefahrverteilung und -einteilung anzustellen, weil sich bei jedem Arbeitsvertrag auch für die Gefahrtragung einige Grundsätze aufstellen lassen. So wird es angebracht sein, die Erfolgsverhinderung danach zu betrachten, ob sie durch Zufälle beim Arbeiter oder Arbeitgeber, also bei den beteiligten Personen, eingetreten ist, oder ob sie auf die Leistung eingewirkt hat, ohne die Vertragsparteien zu treffen. Es ist für die systematische Behandlung der Gefahrtragung beim Arbeitsvertrag von Vorteil, wenn einige große Gefahrenkreise aufgezeigt und getrennt behandelt werden. Es dürfte aber viel Verwirrung anrichten, wenn man mit der Einteilung bis ins kleinste geht und dabei versucht, diese Gefahreinteilung auf alle Arbeitsverträge mit Gültigkeit für jeden einzelnen von ihnen anzuwenden. Oftmals überschneiden sich diese sogenannten Gefahrenkreise, so daß das für eine Gefahr Gesagte auch Gültigkeit für die andere haben kann [52]). Infolge des verschiedenen Wesens der Erfolgsgefahrtragung beim Dienst- und Werkvertrag und der anders gearteten Tatbestände dieser beiden Vertragsarten kann eine genaue Einteilung in Gefahrarten und Gefahrenkreise nicht vorgenommen werden. Viele von den für den einen Vertragstypus verwendeten Bezeichnungen passen auf den anderen überhaupt nicht, weil es sie infolge des besonderen Charakters des Vertrages nicht geben kann. So paßt z. B. die „Gefahr der Zeit" wenig für den Dienstvertrag, weil hier in den meisten Fällen eine bestimmte Zeit für die Vollendung nicht in Aussicht genommen ist [53]), ebenso nicht die „Gefahr der Unternehmung" oder „des Materials". Beim Werkvertrag wird die „Gefahr der Unterbrechung" oft nicht so sehr von Bedeutung sein, weil kurze Unterbrechungen hier keine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben.

Es ist angebracht, sich von einigen großen Grundgedanken leiten zu lassen und im übrigen den einzelnen Vertragstypus und sogar den besonderen Vertrag auf seine Gefahren zu untersuchen. Dabei muß man ausgehen von dem inneren Wesen der Erfolgsgefahrtragung als einer Erscheinung des Arbeitsvertrages, die oft nicht dasselbe wie der Begriff Gefahrtragung im Sinne des BGB bedeutet. Die Lehre von der Gefahrtragung beim Arbeitsvertrage behandelt die so außerordentlich wichtige Risikoverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Erfolgsgefahrtragung ist deshalb ein Begriff, der voller Leben ist und dessen Verwendung auch wirtschaftlich und soziologisch gerechtfertigt erscheint. Er ist gewählt worden, weil er sich in vielen Fällen mit „Gefahrtragung" nach dem BGB deckt, weil er in erster Linie das Verhältnis von Arbeitsleistung und Lohn regelt und weil weiterhin nur zufällige Ereignisse das Wesen einer Gefahrtragung ausmachen. Da die Erfolgsgefahrtragung weiter geht als Gefahrtragung schlechthin, so kommt es bei ihr nicht so sehr darauf an, zu bestimmen, wie die Unmöglichkeit in formeller Weise auf Leistung und Gegenleistung einwirkt. Es sind auch alle die Fälle einzubegreifen, in denen der Arbeitserfolg verzögert und gehemmt wird, der Grund der Hemmung beim Gläubiger zu finden ist, in denen in irgendeiner Weise entweder nur ein Teil der Vergütung oder auch eine Entschädigung und Auslagen wie z. B. in den §§ 642, 645 für zwecklos geleistete Arbeit zu entrichten sind.

---

[51]) S. 76.

[52]) z. B. Rümelin's „Gefahr der Unternehmung" mit „Gefahr der Unterbrechung", „Gefahr der Arbeitskraft", mit „Gefahr der Zeit" bei zeitlich genau fixierter Leistung. Siehe Rümelin S. 76 ff.

[53]) Siehe dazu Rümelin S. 73.

Zweiter Teil.

1. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Dienstvertrag.

§ 7. Grundsätzliches über die Gefahrverteilung.

Beim Dienstvertrag erhält der Arbeiter grundsätzlich nur Lohn, wenn er die Dienste leistet, §§ 614, 323, wenn auch unabhängig davon, ob der mit der Arbeit bezweckte Erfolg eintritt. Er trägt also insoweit die allgemeine Leistungsgefahr, als er den Anspruch auf den Lohn verliert, solange ihm das Arbeiten überhaupt durch Zufall unmöglich wird.

Der Arbeiter hat dafür einzustehen, daß er zur Leistung der Dienste fähig und bereit ist[54]). Ob das Fehlen der Bereitschaft zur Arbeit darauf beruht, daß er physisch nicht imstande ist zu arbeiten, also krank wird oder stirbt, oder darauf, daß irgendein Zufall ihn am Erscheinen an der Arbeitsstätte zur richtigen Zeit verhindert, ist zunächst gleichgültig. Ob der Zufall darin liegt, daß der Weg versperrt ist, daß die Verkehrsmittel versagen oder z. B. das Fahrrad, das den Arbeiter zur Arbeitsstätte bringen soll, entzwei geht oder gestohlen wird, dürfte auch keinen Unterschied machen. Zur Leistungspflicht gehört es auch manchmal, daß er Material für die Arbeit liefern oder auch Arbeitswerkzeuge bereithalten muß. Wird dieses vom Arbeiter zu liefernde Material durch Zufall vernichtet oder die Werkzeuge gestohlen, so trifft ihn die Gefahr, wenn dadurch das Arbeiten unmöglich wird. Es gibt also auch beim Dienstvertrag eine „Gefahr des Materials". Sie kann oft nur gering sein, weil es hier in den meisten Fällen Sache des Arbeitgebers ist, Material und Werkzeuge zur Verfügung zu stellen. Dann natürlich wird die Gefahrtragung eine andere. Entscheidend für die Gefahrtragung des Arbeiters ist, daß er ohne eigenes Verschulden nicht gearbeitet hat und daß der Grund zur Nichtarbeit nicht beim Gläubiger liegt. Die Dienstleistung ist dann unverschuldet unmöglich geworden, es greifen die Rechtsfolgen des § 323 ein. Es ist selbstverständlich, daß infolge der Nichtleistung der Dienste auch der Erfolg der Arbeit nicht eintreten kann. Es zeigt sich somit, daß auch der Arbeiter beim Dienstvertrag in gewisser Weise einen Teil der Erfolgsgefahr im weiteren Sinne trägt und zwar, abgesehen von den Ausnahmen, ist das insoweit der Fall, als sich die Erfolgsgefahr mit der allgemeinen Leistungsgefahr im Sinne des BGB deckt.

Durch die beiden §§ 615 und 616 findet nun eine Verschiebung der Gefahrverteilung statt. Es ergibt sich damit für den Dienstvertrag folgende Stufenfolge:

1. Es wird gearbeitet, der Erfolg tritt nicht ein. Diese Erfolgsgefahr trägt immer der Arbeitgeber.
2. Es wird nicht gearbeitet.
   a) Dann trägt grundsätzlich die Gefahr der Arbeitnehmer nach der Regel des § 323.

---

[54]) Martius nennt dies zutreffend „Leistungsbereitschaft", S. 42, 63.

b) Die Ausnahmen sind die §§ 615, 616. Sie bestimmen, daß der Arbeiter auch Lohn erhält, wenn nicht gearbeitet wird. Sie entlasten den Arbeitnehmer und verschärfen die Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers.

aa) Im § 615 muß der Arbeitnehmer wenigstens die Arbeit anbieten, also leistungsbereit sein.

bb) Im § 616 braucht der Arbeiter nicht einmal leistungsbereit sein. Er erhält auch ohne Leistungsbereitschaft seinen Lohn.

Diese Verschärfung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers soll im folgenden behandelt werden.

§ 8. Die Verschärfung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers durch den § 615.

1. Die Behandlung und Auslegung des § 615 in der Wissenschaft.

Eine der wichtigsten Bestimmungen des Dienstvertrages über die Erfolgsgefahrtragung ist der § 615. Die Tragweite dieser Bestimmung ist eine der umstrittensten Fragen des gesamten Arbeitsrechts.

Der Dienstberechtigte muß bei Annahmeverzug Lohn zahlen, ohne Anspruch auf Nacharbeit zu haben. Da der Gläubiger nun nicht nur in Annahmeverzug kommt, wenn er nicht mitwirken will, sondern auch dann, wenn er aus irgendeinem Grunde an der Mitwirkung verhindert ist, ist seine Lohnzahlungspflicht auch bei zufälligen Ereignissen, die ihn treffen und die Annahme der Dienste verhindern, zu bejahen. Hier erhebt sich nun die Frage, ob auch zufällige Betriebsstockungen z. B. durch Wegfall des Arbeitssubstrats, Zerstörung der Maschinen, Vernichtung der Fabrik, Verhinderung des Betriebes durch natürliche oder wirtschaftliche Ereignisse usw., Annahmeverzug zur Folge haben. Der § 615 hat somit Anlaß gegeben, das Problem des Verhältnisses von Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug aufzuwerfen. Es ist zu fragen, ob in einem der eben erwähnten Fälle des Wegfalls des Arbeitssubstrats eine Gefahrverteilung nach § 323 oder nach § 615 erfolgt. Die Auslegung des § 615 ist also für die Praxis von ausschlaggebender Bedeutung.

a) Die zivilistische Methode.

Man hat versucht, die Antwort zu geben, indem man dogmatisch das Verhältnis von Unmöglichkeit und Annahmeverzug untersuchte und diese beiden Begriffe gegeneinander abgrenzte. Diese Methode kann als die „zivilistische" bezeichnet werden [55]). Andere Schriftsteller halten diese Art der Behandlung des § 615 für verkehrt und haben den Versuch gemacht, das Problem durch Herbeiziehung neuzeitlicher arbeitsrechtlicher Begriffe und allgemeiner rechtspolitischer Gedanken zu lösen.

Die Vertreter der zivilrechtlich-dogmatischen Methode versuchen die Lösung auf getrennten Wegen. Die einen wollen die Grenzen der Unmöglichkeit soweit ziehen, daß sie den Annahmeverzug ausschließen. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß im Falle des Wegfalls des Arbeitssubstrats die Leistung unmöglich wird und der Arbeiter nach § 323 den Anspruch auf den Lohn verliert [56]). Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß es gleichgültig sei, von wem das Arbeitssubstrat zu stellen ist. Es sei entscheidend, daß im gegebenen Fall nicht gearbeitet werde, somit die Leistung unmöglich geworden sei. Dann könne für An-

---

[55]) So nennt sie Hedemann in der Jenaer Festschrift für Rosenthal, S. 200.

[56]) Insbesondere Kisch, Unmöglichkeit S. 80. Titze, Unmöglichkeit S. 23 ff. Siehe auch Nipperdey in Staudinger-Kober Komm. Schuldrecht 2. Teil, Anm. 2 II, 1 b γ.

nahmeverzug kein Raum mehr sein. Der Arbeiter verspreche Arbeit gerade in dieser einen bestimmten Fabrik, an einer einzigen Maschine, so daß die Dienstleistung durch das Arbeitssubstrat konkretisiert werde. Fällt dieses weg, so seien diese „konkreten" Dienste nicht mehr möglich. Eine unmögliche Leistung könne nicht wirksam angeboten werden, deshalb liege niemals in einem solchen Falle Annahmeverzug vor [57]).

Es wird von einigen nur die Einschränkung gemacht, daß bei nur subjektiver Unmöglichkeit der Mitwirkungshandlungen, — wenn das Substrat irgendwo auf der Welt noch vorhanden ist, der Arbeitgeber es aber nicht in Beziehung zur Arbeitskraft bringen kann, — die Leistung des Schuldners noch möglich sei, wenn auch nur möglich „in abstracto", da ja ein Dritter die Mitwirkungshandlungen vornehmen könne. In solchen Fällen sei ein wirksames Angebot des Schuldners noch möglich, der § 297 BGB stehe nicht im Wege, der Gläubiger komme dann also in Annahmeverzug [58]).

Diese von Titze begründete Meinung hat im Laufe der Jahre an Anhängern verloren und ist auch schließlich selbst von Titze aufgegeben worden[59]). Es erschien zu unbillig, dem Arbeiter den Anspruch auf seinen Lohn zu nehmen, wenn der Grund zur Nichtarbeit lediglich auf Seiten des Arbeitgebers zu suchen ist. Es sind nun Versuche gemacht worden, eine neue Auslegung des § 615 aus dem BGB heraus zu begründen. Das Verhältnis von Unmöglichkeit und Annahmeverzug ist daraufhin von vielen Schriftstellern eingehend kritisch untersucht worden. Die Versuche gingen dahin, den Annahmeverzug zu erweitern und die Unmöglichkeit der Leistung begrifflich in engere Grenzen zu fassen, als es früher geschehen war. Es wird hierbei einmal vom Begriff des Annahmeverzugs ausgegangen, zum andern Mal von der Unmöglichkeit der Leistung; auch wird versucht, den Inhalt der Leistung festzustellen und danach erst die Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug zu finden. Die Vertreter dieser Methode sind grundsätzlich der Ansicht, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung unvereinbare Gegensätze seien, so daß beide Erscheinungen nicht durch dasselbe Ereignis eintreten können. Eine andere Auffassung geht dahin, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit sich nicht ausschließen und der Eintritt beider gleichzeitig erfolgen könne [60]).

Allen Vertretern der zivilistischen Methode ist eins gemeinsam: sie gehen auf dogmatischem Wege vor und verwenden die Begriffe des BGB im Arbeitsvertrag, auch wenn es sich bei diesem um Erscheinungen oft ganz eigener Art, hervorgerufen durch die moderne Entwicklung des Verkehrs und der industriellen Verhältnisse, handelt.

Nach der neueren zivilistischen Auffassung ist es aber nicht gleichgültig, ob der Arbeiter oder der Arbeitgeber das Substrat zu beschaffen hat [61]). Im letzteren Falle sei das Zurverfügungstellen des Arbeitssubstrats eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers. Diese Mitwirkungshandlungen müsse man abziehen, was dann übrigbleibe, sei die schuldnerische Leistung. Man solle nicht den Fehler

---

[57]) Kisch, S. 80.

[58]) So Titze, a. a. O., S. 23 ff.; Oertmann, Komm. S. 921 ff.

[59]) Siehe seinen Aufsatz: Die Risikofrage im Arbeitsverhältnis in Jur.W. 1922, S. 548.

[60]) So Kohler im Arch. Bürgerl. Recht 13, S. 254, Boer in Gruchots Beitr. Bd. 54, S. 500 ff. Meyer, a. a. O., S. 42 ff.

[61]) So insbesondere Hoeniger Jur.W. 1922, S. 1703; Potthoff daselbst S. 552; Harmsen, Lohnzahlung bei Betriebsstockung S. 67 ff., Groh a. a. O., S. 167, Hueck-Nipperdey Lehrbuch I, S. 198; vergleiche auch R.G. Bd. 106, S 272.

machen, Leistung und Bewirkung der Leistung zu verwechseln [62]). Eine Schuldnerleistung sei dann noch möglich, wenn sie unter der Voraussetzung möglich ist, daß die besonderen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers stattfinden. Nur die Fälle wolle das Gesetz als Unmöglichkeit der Leistung behandeln, in denen die Schuldnerleistung auch unter der Voraussetzung der erfolgenden Mitwirkungshandlungen des Gläubigers möglich sei. Die Vertreter dieser Ansicht abstrahieren also die zur Erfüllung notwendigen Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers und sehen als schuldnerische Leistung nur das noch übrigbleibende Stück an [63]).

Trautmann [64]) begründet seine Meinung einmal aus der Unmöglichkeitslehre und zum andern aus der Natur des Annahmeverzugs. Er lehnt den von Titze gefundenen Begriff der abstrakten Möglichkeit ab [65]), denn eine abstraktmögliche Leistung sei keine Leistung mehr im Sinne des BGB. Es sei gleichgültig, ob dem Gläubiger seine Mitwirkungshandlung objektiv oder subjektiv unmöglich sei. In beiden Fällen sei es dem Schuldner „in concreto" unmöglich, die Leistung zu bewirken [66]). Trautmann legt den Teil des § 294 „so wie sie zu bewirken ist" einschränkend aus: „Nur so wie sie zu bewirken ist" und folgert daraus, daß es lediglich auf den Leistungsanteil des Schuldners ankomme. Dieser könne möglich sein, wenn auch in concreto die Erfüllung unmöglich ist, weil der Gläubiger nicht mitwirkt [67]). Der Gesetzgeber rede nur in dem Sinn von Möglichkeit der Leistung, daß er von der Möglichkeit der Gläubigerpflicht vollkommen absehe. Der Fehler der früher herrschenden Lehre beruhe darauf, daß Leistung und Bewirkung der Leistung verwechselt seien. Der § 297 stehe damit nicht in Widerspruch, denn der Schuldner brauche hier nur eine Leistung anzubieten, die unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das seinige tue, das Schuldverhältnis erfüllen würde. § 297 behandele eben nur das rein subjektive Außerstandesein des Schuldners und sehe von den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers vollkommen ab [68]). Auch der § 295 soll ein Beweis für diese Auffassung sein, da in ihm noch eine Leistung als möglich im Sinne des BGB gilt, obwohl der Gläubiger keine Mitwirkungshandlungen vornimmt [69]).

Oertmann [70]) unterscheidet Leistungshandlung und Leistungserfolg. Die Unmöglichkeit der Leistung könne sich nur auf die Unmöglichkeit der Leistungshandlung im Gegensatz zur Unmöglichkeit der Annahmehandlungen beziehen. Man habe bei der Frage, ob Unmöglichkeit eingetreten ist, zu fragen: Würde der Schuldner, die Mitwirkungshandlung des Gläubigers unterstellt, zur Leistung fähig sein oder nicht? Nur die zufällige Unmöglichkeit seines Leistungsanteils nehme ihm den Anspruch auf die Gegenleistung [71]). Im übrigen ist aber Oertmann der Ansicht, daß das Versagen des Arbeitssubstrats nicht den Fällen gleichzuachten sei, in denen lediglich eine Mitwirkungshandlung unterbleibe und so Annahmeverzug eintrete [72]). Dies solle beim Werkvertrag z. B. aus dem § 645

---

[62]) Trautmann, a. a. O., S. 456.

[63]) Trautmann in Gruchots Beitr. Bd. 59, S. 450 ff.; Oertmann im Arch. Ziv. Prax. Bd. 116, S. 1 ff.; Titze J. W. 1922, S. 548; Oertmann, daselbst S. 1177 ff.

[64]) S. 450 ff.

[65]) Siehe dazu auch Boer, a. a. O., S. 509, 510; Crome, Syst. II, § 149, Anm. 31.

[66]) S. 454.

[67]) S. 455.

[68]) S. 457, 458.

[69]) S. 457, 458.

[70]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 116, S. 1 ff.

[71]) S. 23 ff.

[72]) S. 30 ff.

im Gegensatz zu § 642 folgen. Er stellt dann außerdem noch darauf ab, ob z. B. die Hemmnisse beim Gläubiger persönlicher Art sind oder sachlicher, ob das Substrat nicht rechtzeitig herstellbar war oder ob das Substrat eingeht, nachdem der Gläubiger es schon gestellt habe. Im letzten Falle soll kein Annahmeverzug vorliegen [73]). Es solle außerdem auch darauf ankommen, ob die Mitwirkungshandlung eine dauernde ist, wie z. B. Bereitstellung der Fabrik, oder ob mit einer einmaligen Stellung des Substrats die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers abgeschlossen war [74]).

Oertmann hat dann später seine Meinung in mancher Beziehung geändert [75]). Er stellt nun darauf ab, ob die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers nach Vollzug der Leistungshandlungen des Schuldners erfolgen, wie z. B. bei der Annahme, oder ob die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers schon zur Vornahme der Leistungshandlungen erforderlich sind. Im letzteren Falle können sie dann am Anfang oder mitten in den Leistungshandlungen des Schuldners erfolgen. Auf alle diese Fälle soll sich § 295 beziehen, während auf die erstgenannten § 294 anzuwenden sei [76]). Hier liege beide Male Annahmeverzug vor,- obwohl es im letzteren Falle nicht an dem Leistungserfolg, sondern schon an den Leistungshandlungen fehle. Das Versagen des Gläubigers mache hier die Leistungshandlungen einstweilen unmöglich. Oertmann schließt daraus, daß die Leistungsunmöglichkeit des Schuldners den Annahmeverzug nicht ausschließt, wenn sie ihrerseits auf dem Versagen der Mitwirkungshandlungen beruht [76]).

Titze hat in seinem neueren Aufsatz gezeigt, daß sein früherer Standpunkt von der Gleichwertigkeit von Objekt und Subjekt der Tätigkeit und vom Begriff der Unmöglichkeit nicht mehr haltbar sei [77]). Er stellt nun auch darauf ab, ob der Gläubiger oder der Schuldner das Substrat der Tätigkeit zu stellen habe. Habe es der Gläubiger zu tun, dann soll bei Wegfall Annahmeverzug vorliegen. Annahmeverzug und Unmöglichkeit fallen unter den Oberbegriff des Erfüllungshindernisses. Der Annahmeverzug setze nicht mehr die abstrakte Möglichkeit der Leistung voraus. Der § 297, der die Leistungsfähigkeit des Schuldners als Erfordernis des Annahmeverzuges aufstellt, sei dahin auszulegen, daß der Leistungsbewirkung nicht noch andere Hindernisse als die fehlende Mitwirkung des Gläubigers im Wege stehen dürfen. Nur dann solle z. B. kein Annahmeverzug vorliegen, wenn der Arbeitgeber gestorben ist. Titze geht dann auf einige Fälle im industriellen Arbeitsvertrag ein. Er scheidet zwischen Ereignissen, die einen einzelnen Betrieb treffen, und solchen, die ganz generell von außen her auf einen ganzen Betriebszweig einwirken. Die ersteren Fälle sollen das „individuelle", die zweiten das „generelle" Betriebsrisiko darstellen. Ersteres solle immer zu Lasten des Arbeitgebers gehen, letzteres nicht. Damit entfernt sich Titze von der zivilistischen Auffassung [78]).

Kohler hat als einer der ersten die Probleme erkannt, die in dem Verhältnis von Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug enthalten sind. Er hält ein Zusammentreffen, also einen Kombinationsfall von beiden, nicht für ausgeschlossen. Dieses Zusammentreffen sei aber nicht ein Fall des reinen Annahmeverzugs, deshalb solle hier nur ein Teil der Vergütung zu zahlen sein. Das ergebe sich aus den §§ 645, 642 und sei auch auf den § 615 anwendbar, umsomehr als der Arbeiter im § 616 Anspruch auf Lohn habe, wenn die Zufälle sogar in seiner Person eintreten [79]). Jedenfalls solle der Arbeitgeber dem Arbeiter niemals die

---

[73]) S. 38, 39.
[74]) Arch. 116, S. 38, 39.
[75]) Leipz. Zeitschr. 1927, S. 1177 ff.
[76]) L. Z. S. 1181, vergleiche dazu Komm. § 615 Anm. 5.
[77]) Jur. W. 1922, S. 548.
[78]) S. 551.
[79]) Lehrbuch S. 172, 349.

Unmöglichkeit entgegenhalten können, „die zuerst ihn und erst par consequens den Schuldner treffe". Diese Folgerung stände in einem solchen Fall auch nicht mit § 297 in Widerspruch [80]).

Aehnlich auch Crome[81]), der ebenfalls beim Abbrennen der Fabrik den § 615 anwenden will. Der Dienstpflichtige tue dann genug, wenn er sich zur Dienstleistung bereit halte. Anscheinend soll aber bei Crome eine Ausnahme gemacht werden, wenn mit der Arbeit überhaupt noch nicht begonnen ist, z. B. eine öffentliche Schaustellung verboten wird.

Siber[82]) ist der Auffassung, daß bei objektiver Unmöglichkeit der mitwirkenden Tätigkeit des Gläubigers kein Annahmeverzug mehr in Frage kommen könne, weil in einem solchen Falle die Erfüllung unmöglich sei. Bei Tod des Patienten, Untergang des Hauses vor der Reparatur, könne ein wirksames Angebot nicht mehr erfolgen, weil eine Verbindlichkeit zur Leistung nicht mehr bestehe. Das sind zwar Fälle des Werkvertrags, aber von diesem Standpunkt aus könnte man auch bei Wegfall des Substrats im Dienstvertrag nicht zu anderen Ergebnissen kommen.

Boer[83]) ist der Ansicht Kohlers, daß Annahmeverzug und Unmöglichkeit sich nicht ausschließen[84]). Es liege wegen § 615 die Annahme nahe, daß das Gesetz die in der Person des Gläubigers begründete Unmöglichkeit als Annahmeverzug betrachten will. Für die Frage, ob im § 297 der Schuldner zur Bewirkung imstande ist, komme es nur auf die Voraussetzungen der schuldnerischen Tätigkeit an. Wenn z. B. die Fabrik niedergebrannt ist, die sich als das vom Gläubiger zu beschaffende Substrat darstellt, mache das Fehlen dieses Substrats auch zugleich die schuldnerische Leistung unmöglich, denn es bildet die Voraussetzung für das Tätigwerden des Schuldners. Würde der Gläubiger das Substrat liefern, so könnte der Schuldner die Leistung bewirken, es sei also Annahmeverzug anzunehmen. Es habe keinen Zweck, von der abstrakten Möglichkeit zu sprechen. Unmöglich sei die Leistung auch, wenn die Mitwirkungshandlungen unmöglich sind. Das BGB behandele aber diese Fälle als Annahmeverzug [85]).

Es zeigt sich deutlich, daß im Laufe der Zeit von den Vertretern der zivilistischen Methode der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung zugunsten des Annahmeverzugs eingeschränkt worden ist. Das hätte dann für den § 615 zur Folge, daß bei Abbrennen der Fabrik, bei Zerstörung der Maschinen usw. die Arbeiter Anspruch auf Lohn hätten, wenn sie ihrerseits ihre Arbeitsbereitschaft darzutun imstande sind. Die frühere Meinung ließ alle diese Fälle unter den § 323 fallen und bürdete die Gefahr so dem Arbeiter auf.

b) Die arbeitsrechtliche Methode.

Die Vertreter der arbeitsrechtlichen Methode halten eine Behandlung des § 615 nach dem Verhältnis von Unmöglichkeit und Annahmeverzug für ausgeschlossen [86]). Harmsen[87]) versucht die zivilistische Methode abzulehnen, indem er auf ihre Gedankengänge eingeht. Es sei nicht richtig, wenn man wie Trautmann und Oertmann Mitwirkungshandlungen unterstellt, die im gegebenen

---

[80]) Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 13, S. 200 ff.
[81]) System II, § 295 II.
[82]) Bei Planck § 295, Anm. 2c.
[83]) In Gruchots Beitr. S. 495 ff.
[84]) S. 499.
[85]) S. 516.
[86]) Siehe insbesondere Hueck-Nipperdey I, S. 198 ff.
[87]) Lohnzahlung bei Betriebsstockungen 1925.

Fall eben gar nicht vorhanden sind[88]). Man könne auch nicht die Frage nach Vorliegen von Leistungsmöglichkeit oder Annahmeverzug aufwerfen, wenn man nicht festgestellt habe, was eigentlich unter Leistung des Arbeiters zu verstehen sei. Davon müsse ausgegangen werden. Erst wenn der Inhalt der Leistung feststehe, dann könne man die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers abziehen.[88]). Überhaupt müsse man sagen, daß die schuldnerische Leistung doch gerade nur unter der Voraussetzung der Mitwirkungshandlungen möglich sei und daß alles, was sich an die erfolgten Mitwirkungshandlungen anschließe, auch zum Leistungsanteil des Schuldners gehöre. Wenn die Mitwirkungshandlungen abgezogen werden sollen, müsse man auch alles das abziehen, was auf diese Mitwirkungshandlungen zeitlich nachfolge[88]).

Harmsen kommt dann schließlich zu dem Ergebnis, daß aus der Idee des Arbeitsvertrages heraus Arbeit „Hingabe des ganzen Menschen" bedeute[89]), daß also der ganze Mensch sich während der Arbeitszeit leiste[90]). Diese Hingabe als Mensch könne natürlich nur vorliegen bei der abhängigen Arbeit[91]). Es müßten die Erscheinungen der modernen Industrie, z. B. die Arbeit am laufenden Band berücksichtigt werden, ebenso die Kollektivanschauung, die Gemeinschaftsarbeit usw. Der Arbeitsvertrag des modernen Arbeitsrechts trete somit aus dem Rahmen des Dienstvertrages des BGB hinaus[92]). Schlußfolgerung Harmsens ist dann, daß eine Behandlung der Betriebsstockungen nicht auf der Basis des § 615 erfolgen könne. Der Arbeitgeber sei während der Arbeitszeit „Herr der Arbeitskraft" des Arbeiters, und aus diesem Grunde müsse er für alle Gefahren aufkommen, die die Verwertung dieser Arbeitskraft unmöglich machen. Deshalb habe der Arbeitgeber bei Betriebsstockungen dem arbeitsbereiten Arbeiter Lohn zu zahlen. Grundsätzlich solle kein Unterschied zwischen generellem und individuellem Betriebsrisiko gemacht werden. Es seien für den Arbeitgeber hier nur Ausgleichsmöglichkeiten durch tarifliche Vereinbarung von Kündigungsfristen möglich. Bei Teilstreik solle die Solidarität in einer solidarischen Haftung faßbar sein[93]).

Ähnlich wie Harmsen im Endergebnis auch Potthoff[94]). Der Satz casum sentit dominus treffe auch auf den Arbeitgeber zu. Durch die soziale Unterstellung des Arbeitnehmers unter die Botmäßigkeit des Arbeitgebers sei die Zurechenbarkeit des Zufalls im wesentlichen geändert worden. Genau wie in den §§ 446, 644 u. a. könne man sagen, daß auch die Dienste in einem gewissen Zeitpunkt wie körperliche Sachen in die Sphäre des Arbeitgebers gelangen. Bis zu diesem „Gefahrübergang" solle der Dienstverpflichtete die Gefahr tragen. Das treffe aber nur dann zu, wenn der Dienstverpflichtete ein selbständiger Unternehmer ist, aber nicht bei einem unselbständigen Arbeiter oder Angestellten. Herr der Arbeit sei hier von Anfang an der Arbeitgeber. Er habe in jedem Fall die Gefahr zu tragen, wenn er von der ihm angebotenen Arbeitskraft keinen Gebrauch machen könne. Das solle auch für das generelle Betriebsrisiko gelten. Der Heimarbeiter hingegen solle die Gefahr tragen, er sei eben nicht in so abhängigem Verhältnis, daß man den Satz cusum sentit dominus hier noch anwenden könne[95]).

Kaskel[96]) nimmt an, daß die Beschaffung des Arbeitssubstrats eine Leistungspflicht des Arbeitgebers sei und daß er infolgedessen nicht in Gläubiger-,

---

[88]) S. 29; S. 30 ff.
[89]) S. 67 ff.
[90]) S. 80.
[91]) S. 67.
[92]) S. 75.
[93]) S. 83, 84.
[94]) Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis. J. W. 1922, S. 552 ff.
[95]) S. 553—554.
[96]) Neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht 1922, S. 1 ff.

sondern in Schuldnerverzug komme, wenn er das Substrat nicht stellen kann. Im Ergebnis würde man dann wieder auf das Verschulden abstellen. Kaskel könnte nur Recht haben in den seltenen Fällen, in denen das Stellen des Substrats eine Pflicht des Arbeitgebers ist. Die Verschuldensgrenze will Kaskel sehr weit ziehen [97]) [98]).

Auch Hedemann [99]) ist der Auffassung, daß das Problem der Risikoverteilung nicht durch dogmatische Behandlung der Begriffe Annahmeverzug und Unmöglichkeit gelöst werden könne. Alle Versuche in dieser Richtung hätten etwas Überfeinertes und Überspitztes an sich. Der Gesetzgeber habe niemals an alle diese Fälle gedacht, die daher nur arbeitsrechtlich angefaßt werden könnten. Hedemann versucht nun einige Grundsätze für die Risikoverteilung aufzustellen. Es solle eine Verteilung nach der Art der zufälligen Ereignisse vorgenommen werden. Er bringt dann selbst einige Beispiele, an die ein künftiger Gesetzgeber sich halten müsse. Es sei zu berücksichtigen, daß man zwar einige Thesen wie „Lohn nur für wirkliche Leistung", „Gewinn für wirklich getragenes Risiko" aufstellen könne, die streng eine Regelung nach den einen oder andern Interessen treffen würden. Hedemann sieht richtig ein, daß der Gedanke einer Arbeitsgemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für eine Gefahrverteilung spreche, die entweder in einem neuen Gesetz oder im einzelnen Arbeitsvertrag gerecht vorgenommen werden müsse [100]).

Nikisch [101]) stellt an den Anfang die Frage, was eigentlich die vom Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag geschuldete Leistung sei. Von ihrer Beantwortung hänge es ab, ob man § 323, § 615 oder keinen von beiden anzuwenden habe. § 323 müsse bei der Behandlung des Betriebsrisikos dann ausscheiden, wenn sich erweisen sollte, daß die „Leistung" in Wirklichkeit gar nicht unmöglich geworden ist, und § 615 könne nur in Betracht kommen, wenn die an sich mögliche (§ 297) Leistung infolge des Verhaltens des Arbeitgebers nicht bewirkt werde. Nikisch folgert daraus, daß das Problem dann aus beiden Vorschriften nicht zu lösen sei, wenn festgestellt werden könnte, daß bei der Betriebsstörung der Arbeitgeber die „Leistung" tatsächlich erhält [102]).

Nikisch ist nun der Ansicht, daß der abhängige Arbeitnehmer nicht einzelne konkrete Arbeitsleistungen verspreche, sondern „Bereitstellung seiner Arbeitskraft" [103]). Die Verpflichtung des Arbeitnehmers sei deshalb erfüllt, wenn seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber während der Vertragszeit „zur Verfügung stehe", also auch dann, wenn tatsächlich nicht gearbeitet werde, gleichgültig, ob der Arbeitgeber von der ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskraft keinen Gebrauch machen wolle oder könne. Nikisch will daher statt Arbeitsvertrag den Ausdruck „Anstellungsvertrag" einführen.

Die Rechtslage bei diesen Anstellungsverträgen sei also nicht so, daß der Arbeitnehmer seine Verpflichtung stoßweise erfülle, vielmehr befinde sich der Vertrag von der Einstellung des Arbeitnehmers bis zur Entlassung in einem „kontinuierlichen Zustande der Erfüllung" [104]). Wie der Mietvertrag ununterbrochen erfüllt werde, solange dem Mieter der Gebrauch der Mietsache eingeräumt sei, gleichgültig, ob er tatsächlich von ihr Gebrauch mache oder nicht, genau so

---

[97]) S. 6 ff.

[98]) Gegen Kaskel besonders Titze in Jur. W. 1922, S. 548, 549, ferner auch Oertmann in Neue Zeitschr. f. Arb.Recht 22 S. 463 ff.

[99]) Hedemann: Lohnzahlung bei Arbeitshinderung in Jenaer Festschr. f Rosenthal S. 173 ff.

[100]) S. 209 ff.

[101]) Neue Zeitschr. f. Arb.Recht 1933, S. 57 ff.

[102]) S. 58.

[103]) S. 59.

[104]) S. 61

befinde sich der Anstellungsvertrag im Zustande der Erfüllung, solange der Arbeitgeber die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Verfügung stehe. Erst dadurch, daß der Arbeitgeber auf dem Boden des Anstellungsvertrages von der Arbeitskraft Gebrauch mache, entstehe die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur einzelnen konkreten Arbeitsleistung. Aber auch ohne diese sei der Anstellungsvertrag von Seiten des Arbeitnehmers erfüllt [104]).

Nikisch folgert nun natürlich[105]), daß beim Anstellungsvertrag der Lohn die Gegenleistung des Arbeitgebers dafür sei, daß der Arbeitnehmer ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle. Die Gegenleistung des Arbeitnehmers aus dem Vertrage sei „die Möglichkeit der Verfügung über die Arbeitskraft". Damit sei dann auch der alte Streit, ob § 323 oder § 615 beim Anstellungsvertrage in Fällen des Betriebsrisikos anzuwenden sei, gegenstandslos; denn die „Leistung" im oben gezeigten Sinne werde weder unmöglich, noch gerate der Arbeitgeber in Annahmeverzug. Daraus folge, daß der Arbeitgeber auch die Gegenleistung schulde. Wenn der Lohn sich nach dem Ergebnis oder der Dauer der wirklichen Arbeitsleistung richte, so müßte er eigentlich während der Betriebsstockung eine Minderung erfahren. Hier könne aber der Arbeitnehmer nach sinngemäßer Vertragsauslegung auch bei Minderbeschäftigung den der betriebsüblichen Arbeitszeit entsprechenden Lohn verlangen. Der Lohn, den der Arbeitnehmer während einer Arbeitszeitperiode erhalte, dürfe nicht unter die Grenze sinken, die sich bei der zur Zeit des Vertragsschlusses im Betrieb üblichen Arbeitszeit ergeben würde [106]).

Nikisch legt aber das Risiko doch insofern wieder dem Arbeitnehmer auf, als er Nacharbeit zuläßt. Es könne dem Arbeitgeber nicht verwehrt werden, von der ihm nach dem Vertrage zur Verfügung stehenden Arbeitskraft mit Rücksicht auf den Arbeitsausfall stärkeren Gebrauch zu machen. Er faßt das in den Satz: der Arbeitnehmer könne nicht verlangen, daß ihm neben den Mehrarbeitsstunden auch noch die ausgefallenen Arbeitsstunden bezahlt werden [107]).

Der Arbeitnehmer habe so die Gewähr, daß ihm sein voller Lohn auch bei Betriebsstockungen gewährleistet bleibe. Es bedeute demgegenüber nicht mehr als eine Unbequemlichkeit für ihn, wenn sich die Arbeitszeit infolge des Arbeitsausfalls und der Ausgleichsarbeit zeitlich verschiebe. Dieser Nachteil liege durchaus noch im Rahmen des Zumutbaren. Es entspreche in keiner Weise der Billigkeit, daß der Arbeitnehmer bei Betriebsstörungen im Falle der Ausgleichsmehrarbeit eine Lohnsteigerung erfahre. Nikisch meint dann schließlich doch am Schluß, daß in der Hauptsache die ganze Frage in den Tarifverträgen mehr als bisher eine klare und billige Lösung finden müsse [108]).

Hoeniger [109]) versucht die Lösung ebenfalls aus dem Wesen des Arbeitsvertrages. Das Bereitstellen der Arbeitsstätte, der Maschinen usw. im modernen Arbeitsvertrag gehe weit über die Mitwirkungshandlungen des § 295 hinaus. In diesem handele es sich bei der „Handlung" des Gläubigers nur um eine „qualifizierte" Annahme, die wie die gewöhnliche Annahme dazu diene, das Schuldverhältnis zur Erfüllung, zum Erlöschen zu bringen, während im modernen Arbeitsvertrag es sich ausnahmslos um eine entscheidend wichtige Tätigkeit des Arbeitgebers handele. Im Arbeitsvertrag gelte auch der Satz casum sentit dominus. Wer Herr des Betriebes sei, müsse die Gefahr tragen. Der Arbeitgeber könne nichts weiter anbieten als sich selbst, er trage zwar die Gefahr der Arbeitskraft, aber die Umstände, die dazu führen, daß der Gläubiger die angebotene Arbeitskraft nicht verwerten kann, träfen diesen allein. Nur in besonderen Fällen ent-

---

[104]) S. 61.
[105]) S. 62.
[106]) S. 63/64.
[107]) S. 65.
[108]) S. 66.
[109]) In Jur. W. 1922, S. 1703.

spreche es Treu und Glauben, daß eine Auflösung und Neugestaltung des Arbeitsverhältnisses erfolge.

Die Rechtsprechung hat in der Frage der Gefahrverteilung im Arbeitsvertrag sehr geschwankt, ist allmählich aber dazu übergegangen, das Problem rein arbeitsrechtlich anzufassen. Hier hat besonders das Reichsarbeitsgericht bahnbrechend gewirkt und eine ziemlich feste Praxis in der Behandlung des Betriebsrisikos gebildet.

Eine der ersten Entscheidungen der höchsten Gerichte, in der ganz bewußt betont wird, daß das Problem auf dem Boden der §§ 323, 615 nicht zu lösen ist, ist die Entscheidung des Reichsgerichts im 106. Band, Seite 272 ff. Hier ist ganz deutlich für die Behandlung des Teilstreiks der Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt worden, daß Arbeitgeber und -nehmer im modernen Arbeitsvertrag sich anders gegenüberstehen als die Parteien des Dienstvertrages, so wie sie sich das BGB vorgestellt hatte. Das RG betont, daß die Arbeitnehmer und Arbeitgeber Glieder einer sozialen Arbeitsgemeinschaft seien und daß infolgedessen auch die Risikoverteilung dieser Gestaltung des Arbeitsrechts angepaßt werden müsse.

Das Reichsarbeitsgericht (RAG) hat in bewußter Fortführung dieser Gedanken in seiner gesamten Praxis die zivilrechtlichen Grundlagen des BGB verlassen. So sagt die Entscheidung vom 20. 6. 1928 [110]: „Die Lösung ist nicht aus dem § 615 oder § 323 zu entnehmen. Der zur Zeit der Entstehung des BGB für den Dienstvertrag maßgebende Standpunkt kann heute keine Bedeutung mehr beanspruchen. Der Gedanke der sozialen Arbeitsgemeinschaft ist allmählich festgelegt worden. Mit der Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft am Betrieb geht Hand in Hand eine Mittragung der Gefahr."

Ähnlich heißt es auch im 3. Band, S. 86 ff.: „Der Streit der Parteien läßt sich weder einseitig aus dem Grundsatz des Annahmeverzugs noch dem der Unmöglichkeit entscheiden. Zu fragen ist vielmehr, wie Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Verhältnis zueinander die wirtschaftlichen Folgen solcher Betriebsstörungen zu tragen haben."

Der gesamte Produktionsprozeß, die Frage der Gewinnverteilung, des Eigentums an den Produktionsmitteln seien hierbei zu berücksichtigen. Infolge dieser Behandlung des gesamten Fragenkomplexes ist man dazu gelangt, dem Arbeitgeber in den weitaus meisten Fällen bei Betriebsstockungen, Kohlenmangel, Unterbrechung der Stromzufuhr, Maschinenschäden usw. die Gefahr aufzuerlegen [111]. Solche mit dem Betrieb verbundenen Ereignisse müssen in die Rechtssphäre des Arbeitgebers fallen und von ihm als voraussehbar in Rechnung gestellt werden. Nur in Ausnahmefällen, wenn der Bestand des Unternehmens bedroht wird, wenn ganze Betriebszweige von der Gefahr betroffen werden, (sogenanntes generelles Betriebsrisiko), wenn ganz außergewöhnliche Ereignisse eintreten, soll der Arbeitnehmer am Betriebsrisiko teilnehmen.

Die gesetzliche Grundlage für die einzelnen Entscheidungen ist nur der § 242 BGB. Es wird immer betont, daß eine generelle Regelung der Risikoverteilung nicht möglich sei und daß immer auf den einzelnen Fall abgestellt werden muß. Es ist erklärlich, daß dadurch eine große Unsicherheit in der Rechtsprechung um sich gegriffen hat. Es ist vorgekommen, daß fast der gleiche Tatbestand ganz verschieden ausgelegt und in ihm eine ganz abweichende Gefahr-

---

[110]) RAG Bd. II, S. 74 ff.

[111]) Das Reichsarbeitsgericht hat zu diesen Fragen nahezu 100 Entscheidungen gefällt. Folgende sind davon besonders beachtenswert: RAG in E Bd. 1/148, 339; 2/74, 305; 3/343; 4/245; 5/139, 187; 7/31; 8/113; 9/25. In Bensheimer Samml. Bd. 2 S. 24, 68, 135 Bd. 5 S. 32, 38, 41, 110; Bd. 7 S. 137, 415, 467; Bd. 8 S. 260, 407, 413; Bd. 9 S. 537; Bd. 10 S. 150, 437, 523, 567; Bd. 12 S. 373, 487; Bd. 13 S. 160, 168; Bd. 14 S. 363; Bd. 15 S. 350, 495; Bd. 18 S. 28.

verteilung vorgenommen worden ist[112]). Diese Unsicherheit wird natürlich anhalten, solange nicht neue gesetzliche Bestimmungen eine gesicherte Grundlage für die Gefahrverteilung geben.

2. Kritik und eigene Ansicht über die Verteilung der Erfolgsgefahr im § 615.

Es zeigt sich somit deutlich, daß allmählich Rechtslehre und Rechtsprechung den Schutz des sozial schwächeren Teils übernommen haben. Die ältere zivilistische Ansicht über das Verhältnis von Annahmeverzug und Unmöglichkeit war für den Arbeiter sehr ungünstig. Es erschien unbillig, ihm sämtliche Gefahren des Betriebs aufzuerlegen, einfach mit der Begründung, seine Leistung sei unmöglich geworden.

Gleichzeitig geht aber die Entwicklung der Lehre über die Verteilung des Risikos dahin, dem Arbeitgeber zwar das Betriebsrisiko aufzubürden, aber doch nur in gewissen Grenzen. Es sollen Ausnahmen von dieser Gefahrverteilung gemacht werden, da es zu hart erscheint, den Arbeitgeber bei Zerstörung der Fabrik und der Maschinen auch noch Lohn zahlen zu lassen. Besonders tritt diese Meinung bei den Vertretern der arbeitsrechtlichen Methode und auch in vielen Entscheidungen des RAG hervor. Der Arbeitnehmer soll in einigen Fällen die Gefahr tragen, wenn die Zufälle aus einer ganz außerhalb liegenden Rechtssphäre stammen und nicht igentlich mit dem Betrieb zusammenhängen[113]). Auch das sogenannte generelle Betriebsrisiko soll vom Arbeitgeber abgewälzt werden. Ein solches würde vorliegen, wenn nicht nur ein individueller Betrieb, sondern ganze Betriebszweige und Bezirke von Schäden, z. B. Rohstoff-, Kohlenmangel, feindlicher Besetzung getroffen werden[114]).

Die Vertreter der zivilistischen Methode wollen scheinbar auch den Arbeitgeber manchmal von der Gefahr entlasten, aber sie finden keine Möglichkeit dazu infolge ihrer zu dogmatischen Behandlung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug. Deshalb merkt man bei ihnen eine gewisse Unsicherheit[115]), während es bei Anwendung arbeitsrechtlicher Begriffe und bei Berücksichtigung sozialer Gedanken leichter ist, irgendeine Formel oder einige Grundsätze zu finden. Man spricht von Treu und Glauben, exceptio doli[116]) und anderen allgemeinen Grundgedanken, die überall im Rechtsleben zu treffen sind. Es wird erkannt, daß eine genaue Abgrenzung nicht möglich sei und daß es besonderen vertraglichen Vereinbarungen und neuen gesetzlichen Bestimmungen überlassen bleiben müsse, die Risikoverteilung im Arbeitsvertrag vorzunehmen.

Vielleicht läßt sich eine Schadensverteilung finden, wenn die Begriffe des Gesetzes und andere allgemeine Rechtsgedanken, die auf dem Boden der Lehre von der Gefahrtragung erwachsen sind, miteinander verbunden werden. Es wäre

---

[112]) Siehe unten Anm. 139 zu S. 42.

[113]) Siehe unten S. 41.

[114]) Siehe Hoeniger in J. W. 22, S. 1703; Titze daselbst S. 550, 551.

[115]) Lehmann bei Ennecc. S. 197 will z. B. Annahmeverzug nur insoweit annehmen, als es sich um Hindernisse im Bereich des Gläubigers handele, die durch höchste pflichtgemäße Vorsicht nicht zu beheben seien. Alle anderen Hindernisse sollen Unmöglichkeit zur Folge haben. L. gibt dann selbst zu, daß es für eine derartige Behandlung an der positiven Grundlage im BGB fehle. — Kohler Arch. f. B. R. 13, S. 254, nimmt bei gleichzeitigem Eintritt von Annahmeverzug und Unmöglichkeit an, daß nur eine Teilzahlung zu leisten sei. Das gehe aus den §§ 642, 645 hervor. — Oertmann Komm. § 615, Anm. 5, will wieder das Annahmeunvermögen anders behandeln als die Annahmeunmöglichkeit, obwohl er sich in L. Z. 27 S. 1181 schon von dieser Unterscheidung freigemacht hatte.

[116]) Siehe Hoeniger Jur. W. 22, S. 1703, Titze daselbst S. 550, 551

so möglich, die Erscheinungen der modernen industriellen Verhältnisse für die Auslegung des § 615 zu berücksichtigen. Es muß natürlich der Zukunft überlassen bleiben, hier auf dem Boden ganz neuer Gedankengänge einen Weg zu finden, um im Sinne einer wirklichen Arbeitsgemeinschaft die Risikoverteilung vorzunehmen. Auch das Arbeitsrecht ringt heute mit ganz neuen Ideen, die ohne Zweifel auf seine Entwicklung großen Einfluß haben werden.

Nach dem heutigen Stande des Arbeits- und Zivilrechts hat die Lösung des Problems mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Auch mit allgemeinen Sätzen wie „Lohn für wirklich geleistete Arbeit", „Gewinn für wirklich getragenes Risiko", können die verwickelten Fragen nicht beantwortet werden, solange die sozialen Verhältnisse nicht in vielen Beziehungen geändert sind und solange die wirtschaftliche Lage derart ist, daß die Anwendung dieser Sätze auf den Arbeitsvertrag nur zu größeren wirtschaftlichen Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten führt.

Für den Werkvertrag sind diese Fragen weniger von Wichtigkeit, wenn es auch in den §§ 642, 644, 645 Bestimmungen gibt, die mit dem § 615 eine gewisse Aehnlichkeit haben. Der gewerbliche Arbeitsvertrag aber wird ausschließlich nach Dienstvertragsrecht behandelt, bei ihm als Massenerscheinung spielt die Frage des Erfolgsrisikos die ausschlaggebende Rolle, da der Wegfall des Arbeitssubstrats nicht nur Auswirkungen auf einen, sondern auf eine große Anzahl Arbeitnehmer hervorruft.

Die Abgrenzung von Unmöglichkeit und Annahmeverzug stößt auf Schwierigkeiten, die für die Auslegung des § 615 nicht zu überwinden scheinen. Es lassen sich bei Sachlieferungsverträgen zwar auch Fälle denken, in denen ein einziges Ereignis gleichzeitig Unmöglichkeit und Annahmeverzug bedeutet. Sie sind aber so außerordentlich selten, daß sie nicht in Betracht kommen. Die Vertreter der zivilrechtlichen Methode ziehen zur Begründung ihrer Auffassung insbesondere die §§ 294, 295, 297, 324, Abs. 2, 642 heran.

Im § 294 ist zunächst ein tatsächliches Angebot der Leistung erforderlich, um Annahmeverzug zu begründen. Die Leistung muß so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden. Diese Bestimmung bedeutete für diejenigen, die den Annahmeverzug erweitern wollten, eine gewisse Schwierigkeit. Sie würde dann aber schließlich dadurch überbrückt, daß man sagte, der Schuldner habe die Leistung „nur" so anzubieten, wie sie zu bewirken ist, d. h. nur seinen Leistungsanteil[117]. Dieser sei dann real anzubieten, wenn er möglich ist, abgesehen von der Mitwirkungshandlung des Gläubigers[118]. Andere halten den § 294 nur in besonderen Fällen bei Wegfall des Arbeitssubstrats für anwendbar und lassen dafür den § 295 gegeben sein, der ein wörtliches Angebot genügen läßt, wenn der Gläubiger Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt[119]. Insbesondere spreche § 297 nur von subjektiven Hinderungsgründen „in der Person" und sehe von den Mitwirkungshandlungen völlig ab[120].

Diese Schwierigkeiten kennt Nikisch nicht. Da bei ihm, wie oben kurz gezeigt wurde, die Leistung schon erbracht ist, wenn der Arbeitnehmer leistungsbereit ist, kann es die Erscheinung des Annahmeverzugs bei ihm nicht geben. Wenn der Arbeitnehmer sich in einem „kontinuierlichen Zustand der Erfüllung"[121] befindet, so erfüllt er auch, wenn überhaupt nicht gearbeitet wird, also eine Betriebsstörung vorliegt oder der Arbeitgeber aus irgendeinem Grunde nicht arbeiten lassen will. Hier ist dann für Annahmeverzug kein Raum. Man kann Nikisch zugeben, daß in vielen Arbeitsverträgen, wo das Maß der Arbeit schwankt,

---

[117] Trautmann, a. a. O., S. 455.
[118] Trautmann, S. 457. Oertmann, L. Z. 27, S. 1.
[119] Oertmann, daselbst S. 1180.
[120] Trautmann, S. 457 ff.
[121] S. 61.

infolgedessen konkrete Dienstleistungen nicht verlangt werden, der Lohn aber in gleicher Höhe gezahlt wird, etwas Ähnliches wie ein „kontinuierlicher Erfüllungszustand" besteht. Ausgeschlossen ist diese Annahme aber für den industriellen Arbeitsvertrag, wo der Lohn nach Stunden oder für das Arbeitsergebnis gezahlt wird. Hier ist nur erfüllt, wenn tatsächlich gearbeitet wird, also für den gewissen Zeitabschnitt „Dienste" geleistet werden. Daher liegt Annahmeverzug vor, wenn es zur Dienstleistung nicht kommt, weil der Gläubiger die Arbeit nicht annimmt. Es ist unmöglich, hier die Leistung so aufzufassen wie Nikisch es will, als die Einräumung „der Möglichkeit, über die Arbeitskraft zu verfügen" [122]). Nikisch kommt hier selbst in Schwierigkeiten. Er meint [123]), daß auch Akkordarbeiter und Stundenlöhner „Anstellungsverträge" abschließen können und daß dann der Lohn die Gegenleistung für die Bereitstellung der Arbeitskraft sei. Nur seine Höhe sei aus wirtschaftlichen Erwägungen nach der Dauer der wirklichen Arbeitsleistung bemessen [124]).

Von diesem Standpunkt aus müßte nun gefolgert werden, daß auch bei Nichtarbeit schon erfüllt sei, sofern Leistungsbereitschaft vorliegt, und daß dann der Lohn danach berechnet würde, wieviel Stunden z. B. während der Dauer der Unterbrechung hätten gearbeitet werden können. Seltsamerweise folgert Nikisch gerade umgekehrt, diese „Art der Lohnberechnung" könne die Folge haben, daß der Lohn durch Nichtbeschäftigung — also Betriebsstockung usw. — unter die vertragsmäßige Grenze sinke. Diese Folgerung ist unverständlich, wenn man im nächsten Satz [125]) liest, daß der Vertrag auch dann erfüllt sei, wenn der Arbeitgeber von der Arbeitskraft keinen Gebrauch mache. Ist dies aber der Fall, so kann der Lohn doch nicht verweigert werden, weil die „Berechnungsart" in solchen Fällen versagt. Nikisch ist der Ansicht, daß es hier sinngemäßer Vertragsauslegung entspreche, wenn man eine stillschweigende Vereinbarung dahin annimmt, daß der Lohn, den der Arbeitnehmer während einer Lohnzahlungsperiode erhält, nicht unter die Grenze sinken dürfe, die sich bei der zur Zeit des Vertragsschlusses im Betriebe üblichen Arbeitszeit ergeben würde [126]). Diese Stelle zeigt deutlich, daß Nikisch im Ergebnis doch wohl seine Meinung für diese Art von Arbeitsverträgen nicht als zutreffend ansieht, daß hier tatsächlich erst erfüllt ist, wenn Dienste oder Arbeiten geleistet sind. Die Annahme eines dauernden „Erfüllungszustandes" ist hier nicht am Platze. Die §§ 612 und 614 sprechen das Gegenteil von der Ansicht aus, daß Vorhandensein der Leistungsbereitschaft Vertragserfüllung sei. Im Hinblick auf § 615 geht es nicht an, Verträge anzunehmen, in denen es die Erscheinung des Annahmeverzugs in solchen Fällen überhaupt nicht gibt.

Gekünstelt dürfte auch die Unterstellung der Mitwirkungshandlungen unter den Begriff der Leistung sein. Die „Leistung", wie sie Trautmann aufzeigt, ist nichts Reales mehr, man kann sich unter ihr kaum etwas vorstellen. Besonders dann ist dieser Begriff unverständlich, wenn die Mitwirkungshandlungen mitten in die Tätigkeit des Schuldners hineinfallen. Harmsen [127]) hat Recht, wenn er sagt, daß zum Leistungsanteil des Schuldners in diesen Fällen auch alles gehört, was nach erfolgter Mitwirkungshandlung des Gläubigers an Tätigkeit von jenem vorgenommen wird. Hier ist es unmöglich, die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers zu abstrahieren und als Leistung den übrigbleibenden Teil anzunehmen.

Es erhebt sich grundsätzlich die Frage, ob es Mitwirkungshandlungen gibt, deren Nichtvornahme Unmöglichkeit der Leistung hervorruft. Das Gesetz kennt

---

[122]) S. 62.
[123]) S. 62.
[124]) S. 63.
[125]) S. 63.
[126]) S. 63.
[127]) S. 29.

Annahmeverzug durch Unterbleiben von Mitwirkungshandlungen in den §§ 295, 642. Wenn diese Mitwirkungshandlungen unterbleiben, so hat das nicht Unmöglichkeit der Leistung zur Folge. Das BGB hält die Schuldnerleistung für möglich, obwohl wie beim § 642 Mitwirkungshandlungen fehlen, die die Voraussetzung für die Verwirklichung des Schulderfolgs bilden.

Eine Grenze aber, wann das Unterbleiben der mitwirkenden Tätigkeit des Gläubigers als Erscheinung des Annahmeverzuges aufhört und Unmöglichkeit der Leistung bedeutet, zeigt das Gesetz nicht. Ob das Gesetz im § 295 unter Mitwirkungshandlungen nur solche versteht, die am Ende der schuldnerischen Tätigkeit stehen und nichts anderes als eine qualifizierte Annahme bedeuten würden, ist zweifelhaft. Der § 642 spricht dafür, daß Fehlen von Mitwirkungshandlungen auch während der schuldnerischen Tätigkeit Annahmeverzug zur Folge haben kann. Solche Mitwirkung wäre aber dann die notwendige Voraussetzung für die schuldnerische Tätigkeit. Sie läßt sich nicht wegdenken oder abstrahieren, ohne daß dadurch auch zugleich das Wesen der Leistung berührt würde.

Es sieht so aus, als ob das BGB alle die Erfüllungs- und Leistungshindernisse auf Seiten des Gläubigers als Annahmeverzug betrachtet wissen will, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch im einzelnen Falle die Voraussetzung für die schuldnerische Tätigkeit wegfällt. Im § 324, Abs. 2, ist gesagt, daß die Unmöglichkeit während des Annahmeverzugs eintreten kann. Siber[128]) weist richtig darauf hin, daß sie während des Annahmeverzugs auch eingetreten ist, wenn sie zugleich mit ihm und verursacht durch ihn eintritt. Aus § 324 läßt sich der Schluß ziehen, daß wenn die Leistung schon während des Annahmeverzugs, sie erst recht mit dem Annahmeverzug zugleich unmöglich werden kann.

Dieser Fall des gleichzeitigen Eintritts ist von ganz besonderer Bedeutung gerade eben beim Dienstvertrag, weil hier mit dem Wegfall der mitwirkenden Tätigkeit des Gläubigers eigentlich immer, wenigstens für einen Zeitabschnitt, eine Unmöglichkeit der Dienstleistung eintritt. Deshalb ist der § 615 als Erweiterung des § 324, Abs. 2, eingeführt. Es lassen sich beim Arbeitsvertrag nicht Mitwirkungshandlungen scheiden, die in mehr oder weniger starker Weise die Leistung des Arbeitnehmers beeinflussen. Fehlen für eine gewisse Zeit beim Dienstvertrag diese Mitwirkungshandlungen, so wird während der Dauer des Fehlens die Leistung von Diensten als zeitlich individualisierte Leistung unmöglich. Es muß deshalb gleichgültig sein, ob die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers zu Anfang, in der Mitte oder am Ende der schuldnerischen Tätigkeit ausbleiben. Eine andere Frage ist die, ob nachgearbeitet werden kann, wenn das Substrat der Tätigkeit wieder vorhanden ist. Das ist natürlich möglich, so daß der mit der Arbeit bezweckte Erfolg schließlich noch eintreten kann. Ein Anspruch auf Nacharbeit steht dem Arbeitgeber aber nach dem § 615 ausdrücklich nicht zu, so daß diese Vorschrift dieser Lösung entspricht.

Auch Nikisch behandelt die Frage der Nacharbeit. Er kommt zu dem Ergebnis, daß nach § 1, S. 3 der Arb.ZeitVO. der Arbeitgeber auch bei Betriebsstörungen Ausgleichsmehrarbeit zu fordern berechtigt sei. Der Arbeitnehmer könne aber nicht verlangen, daß ihm neben den Mehrarbeitsstunden auch noch die ausgefallenen Arbeitsstunden gezahlt werden[129]). Diese Folgerung steht im Zusammenhang mit der Auffassung Nikisch's von der Lohnzahlung bei Stunden- und Akkordlohn. Da in diesen Fällen der „Lohnberechnung" der Arbeitnehmer seinen vollen Lohn nur deshalb beanspruchen könne, weil ihm vertragsmäßig der der im Betriebe üblichen Arbeitszeit entsprechende Lohn gewährleistet sei, so könne er sich nicht mehr auf diese Vertragsklausel berufen, wenn die betriebsübliche Arbeitszeit infolge der Ausgleichsmehrarbeit in zeitlicher Verschie-

---

[128]) Bei Planck § 324, Anm. 1b.
[129]) S. 65.

bung erreicht worden sei[130]). Nikisch legt somit im Endergebnis dem Arbeitnehmer das Risiko wieder in gewisser Weise auf, da er Nacharbeit, d. h. unbezahlte Ausgleichsarbeit zuläßt. Dies Ergebnis ist mit § 615 nicht zu vereinbaren.

Um die Bedeutung des § 615 für die Gefahrtragung verstehen zu können, muß auf die allgemeinen Wirkungen des Annahmeverzugs für die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen eingegangen werden. Es ist ein Grundsatz der Gefahrtragungsregelung, daß der Schuldner dann von der Gefahr entlastet werden soll, wenn er in gewisser Weise alles getan hat und die Verwirklichung des Schulderfolges nur abhängig ist von einer Handlung des Gläubigers; das besagt der § 324, Abs. 2. Der Schuldner wird aber durch bloßen Annahmeverzug nicht befreit, er bleibt weiter zur Leistung verpflichtet. Er wird erst frei, wenn nunmehr Unmöglichkeit seiner Leistung eintritt, und behält dann den Anspruch auf die Gegenleistung. In Annahmeverzug kommt nun der Gläubiger auch, wenn er ohne Verschulden an der Annahme verhindert wird. Diese letzten Fälle sind für uns die wichtigsten, denn es handelt sich hier um erfüllungsverhindernde Wirkungen des Zufalls, also um ein Gebiet der Lehre von der Gefahrtragung.

Es wäre denkbar, wenn das BGB genau so, wie es die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung für die Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen behandelt, auch die Unmöglichkeit der zur Erfüllung des Schuldverhältnisses erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers geregelt hätte. Hier zeigt sich aber, daß hierbei eine Gefahr- und Schadensverteilung durchgeführt ist, die erheblich von der bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistungshandlungen des Schuldners getroffenen abweicht. Eine zufällige Unmöglichkeit dieser letzteren bedeutet Verwirklichung der Gefahr und löst die Folgen des § 323, also die vom Gesetz festgelegte Schadensverteilung aus. Die zufällige Verhinderung des vom Gläubiger zur Erfüllung beizutragenden Handlungsanteils bedeutet nicht Verwirklichung der Gefahr, so daß an den Eintritt dieses die Erfüllung hindernden zufälligen Ereignisses noch keine Schadensverteilung im Sinne der Gefahrtragungslehre angeknüpft wird. Dieser Zufall löst erst den Gefahrübergang auf den Gläubiger aus, d. h. also er bildet die Voraussetzung für eine bestimmte Schadensverteilung, die beim Eintritt eines weiteren die Leistung des Schuldners hindernden zufälligen Ereignisses erfolgt. Wir erleben also in diesem besonderen Fall des Annahmeverzugs durch zufällige Verhinderung der Mitwirkungshandlungen, daß nicht ein zufälliges Ereignis Verwirklichung der Gefahr bedeutet, sondern daß im ganzen zwei voneinander unabhängige „Zufälle" erforderlich sind, um eine dem Gläubiger ungünstige Schadensverteilung eintreten zu lassen. Diese äußert sich darin, daß der Gläubiger seine Leistung machen muß, ohne einen Gegenwert zu erhalten, § 324 Abs. 2.

Beim Dienstvertrag trifft der § 615 eine abweichende Regelung. Hier sind es bei zufälliger Verhinderung der Annahme der Dienste des leistungsbereiten Arbeiters nicht zwei Ereignisse, sondern nur ein einziges, das in gleicher Weise Annahmeverzug zur Folge hat und Verwirklichung der Gefahr bedeutet. Es löst nicht erst den Gefahrübergang aus, sondern an seinen Eintritt ist sofort die Schadensverteilung angeschlossen. Der Arbeitgeber muß Lohn zahlen, obwohl der Arbeiter seinerseits nicht arbeitet und auch keine Nacharbeit zu leisten braucht. Der § 615 sieht also davon ab, daß die Leistung des Schuldners unmöglich wird. Er gibt auch ohne Prüfung der Leistungsbereitschaft des Arbeiters stets einen Anspruch auf die Gegenleistung und befreit den Schuldner von seiner Leistungspflicht. Der § 615 enthält also eine Erweiterung zum § 324, Abs. 2, und zwar läßt er den Gläubiger des Dienstvertrages in verschärfter Weise für die die Annahme hindernden Zufälle einstehen.

Wenn nun ein zufälliges die Annahme hinderndes Ereignis im § 615 nicht erst Gefahrübergang wie im § 324 zur Folge hat, so muß daraus geschlossen wer-

[130]) S. 64.

den, daß der Gläubiger hier schon vor diesem Ereignis die Gefahr trägt; denn diese Tragung der Gefahr ist notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung der Gefahr mit den für den Gläubiger nachteiligen Folgen. Nach § 324 Abs. 2 hätte es zwar einen Gefahrübergang und als dessen Folge eine Gefahrtragung des Arbeitgebers gegeben, aber es wäre nur in Ausnahmefällen die Gefahrverwirklichung eingetreten, nämlich nur dann, wenn die Leistungsbereitschaft des Arbeiters unmöglich geworden wäre. Die Bestimmung des § 615 will, daß gerade beim Dienstvertrag der Arbeitgeber die Gefahr der Unmöglichkeit seiner Mitwirkungshandlungen auch dann zu tragen hat, wenn die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers nicht unmöglich wird[131]). Es liegt also grundsätzlich Annahmeverzug des Arbeitgebers vor, wenn das von ihm zu stellende Substrat der Arbeit untergegangen ist. In allen diesen Fällen ist zwar auch die Leistung des Arbeiters nicht möglich, aber sie ist nur deshalb nicht möglich, weil notwendige Voraussetzungen auf Seiten des Gläubigers fehlen; auf Seiten des Schuldners kann die Leistungsmöglichkeit, d. h. Leistungsbereitschaft bestehen bleiben. Diese Gefahr der Unmöglichkeit der Gläubigertätigkeit soll der Arbeiter nicht tragen[132]).

Nun ist es aber richtig, daß der Gesetzgeber bei der Einführung des § 615 mehr an den individualrechtlichen Dienstvertrag im Sinne des römischen Rechts gedacht hat, als an den Arbeitsvertrag, wie wir ihn heute überall im industriellen Leben treffen. Der Gesetzgeber konnte nicht ahnen, welche Entwicklung das Arbeitsrecht durchmachen würde. Er konnte nicht voraussehen, daß alles, was unter Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers im weitesten Sinne zu verstehen ist, weit über den Rahmen hinausgeht, den das BGB im § 295 und den übrigen Vorschriften, in denen von Unterlassung der Mitwirkungshandlungen die Rede ist, ins Auge gefaßt hatte. Es ist richtig, wenn Hedemann behauptet, daß in den § 615 nicht das hineinzulegen sei, woran der Gesetzgeber überhaupt nicht gedacht hat. Die Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers im modernen Arbeitsvertrag sind derartig mannigfach, daß es seltsam anmutet, sie in den engen Rahmen des Annahmeverzugs des § 295 hineinzupressen. Der Arbeitgeber hat die Fabrik zur Verfügung zu stellen, er hat Maschinen und Material zu liefern, er hat ungezählte Gläubigerhandlungen vorzunehmen, die an jedem Tage und zu jeder Stunde beinahe ein anderes Aussehen erhalten. So ist es natürlich, daß der Arbeitgeber im modernen Arbeitsvertrag ein viel höheres Risiko zu tragen hat als der Arbeitgeber, den der Gesetzgeber sich vorgestellt hatte. Und wenn man den § 615 ohne Berücksichtigung der ganz anders gewordenen Verhältnisse anwendet, so bürdet man dem Arbeitgeber Gefahren auf, die weit über die hinausgehen, welche jeder andere Gläubiger eines gegenseitigen Vertrages auf sich zu nehmen hat.

Das ist schon lange erkannt worden. Aus der Entwicklung der gesamten Risikolehre zeigt sich deutlich, daß auf jede mögliche Weise versucht worden ist, dieses zu große Risiko des Arbeitgebers einzuschränken. Am deutlichsten tritt das bei den Vertretern der arbeitsrechtlichen Methode hervor. Das ist erklärlich, denn durch Heranziehung arbeitsrechtlicher Gedanken, Begriffe und Ideen ist es möglich, die Risikoverteilung nach allgemeinen Gesichtspunkten ohne Anwendung strenger Rechtssätze vorzunehmen. Auch in der Rechtsprechung wie wir gesehen haben, zeigt sich diese Richtung.

Die Vertreter der arbeitsrechtlichen Methode lassen den Arbeitgeber die Gefahr tragen, weil er „Herr der Arbeit" sei, weil er die Arbeit zu bestimmen habe. Somit soll der Satz casum sentit dominus, der eigentlich nur auf Sachen zu beziehen ist, auf den Arbeitsvertrag entsprechend angewendet werden. Diese Erwägungen haben viel für sich, aber ihre strenge Durchführung bürdet dem

---

[131]) Auch Martius a. a. O. S. 66 ff. will den Arbeitgeber grundsätzlich immer für mangelnde Annahmebereitschaft einstehen lassen. Nur soll in besonderen Fällen dem Arbeitgeber zugebilligt werden, fristlos zu kündigen. S. 69 ff.

[132]) So Boer S. 514; Trautmann S. 452.

Arbeitgeber dann genau die gleichen Gefahren auf, die er auch nach der Ansicht der Verfechter der zivilistischen Methode zu tragen hat. Die letzteren sehen zwar auch ein gewisse Ungerechtigkeit ein, wenn der § 615 in allen Fällen angewendet werden soll, sie haben aber keine Möglichkeit, eine Abgrenzung zu finden, weil der „konstruktive Geist versagt“ [133]). Es kann bei ihnen eben nur Annahmeverzug oder Unmöglichkeit vorliegen, also entweder nur der § 615 oder der § 323 zur Anwendung kommen [134]). Die Arbeitsrechtler nehmen in gewissen Fällen dem Arbeitgeber die Erfolgsgefahr, z. B. beim sogenannten „generellen Betriebsrisiko“, oder wenn von außen kommende Ereignisse, die nicht in der eigentlichen Betriebssphäre entstanden sind, das Arbeitssubstrat zerstören oder seine Stellung durch den Gläubiger sonst verhindern [135]). Überall zeigt sich die Tendenz, den Arbeitgeber irgendwie von einer zu scharfen Erfolgsgefahrtragung zu entlasten. Er muß auch entlastet werden. Der Arbeiter muß sich zwar auch nach § 615, S. 2, seine Ersparnisse anrechnen lassen. Aber abgesehen davon, daß der Unternehmer das Vorliegen der Voraussetzungen für seine Anrechnungsbefugnis zu beweisen hat, reicht diese Entlastung nicht aus. Es ist immer zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber die Erfolgsgefahr beim Dienstvertrag in jedem Falle trägt, daß ihn der ganze Schaden allein trifft, wenn das Arbeitsresultat auch nach Leistung vernichtet wird. Diese Erfolgsgefahrtragung, die sich aus dem Wesen des Dienstvertrages ergibt, wird — wie wir gesehen haben, — insoweit verschärft, als der Arbeitgeber auch noch in einzelnen Fällen die „Gefahr“ im Sinne des BGB zu tragen hat. Es wird nun, um die Gefahrtragung des Arbeitgebers zu rechtfertigen, gesagt, er habe den ganzen Gewinn und es sei nur ein gerechter Ausgleich, wenn er alle Gefahren tragen muß. Er hat zwar einen gewissen Gewinn, aber dieser kommt dem Unternehmen, dem Betrieb und damit dem Arbeiter mittelbar wieder zugute, wenn dieser auch nicht direkt daran beteiligt ist. Jeder Arbeitgeber wird den Gewinn nicht für sich allein verwenden, sondern er hat ihn im Betrieb anzulegen, hat Rohstoffe zu kaufen, die Versicherung zu übernehmen usw. Zudem sind die Gewinnchancen oft so gering, daß sie eine Abwälzung sämtlicher Gefahren auf den Arbeitgeber nicht rechtfertigen. Der Gedanke einer wirklichen Arbeitsgemeinschaft spricht dafür, daß eine gerechte Gefahrverteilung vorgenommen werden muß. Es geht nicht an, den Arbeitgeber nur dann nicht die Gefahr tragen zu lassen, wenn die seltenen außerhalb des § 616 liegenden Fällen der Verhinderung der Arbeitsbereitschaft eingetreten sind.

Eine Risikoverteilung, die besonders für den industriellen Arbeitsvertrag die Stellung der Parteien berücksichtigt, läßt sich finden. Sie ist zwar nicht positiv aus den Vorschriften des Dienstvertrages und auch nicht allgemein aus dem Arbeitsvertragsrecht zu entnehmen, sondern sie beruht auf einer Berücksichtigung anderer im Rechtsleben zu treffender Grundsätze und Gedanken. Eine solche entsprechende Anwendung aus anderen Gebieten entnommener Ideen auf den modernen Arbeitsvertrag dürfte ihre Berechtigung haben, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: Es müssen imal bei diesem ähnliche Verhältnisse vorliegen wie dort, so daß eine derartige Behandlung des Arbeitsvertrages nicht unbedingt willkürlich erscheint. Zum andern Male kann eine Übertragung dann besonders am Platze sein, wenn sie zu richtigen oder erträglichen Ergebnissen führt. Es soll sich ja in erster Linie nur um einen Versuch einer besonderen Behandlung der Gefahrtragung im modernen Arbeitsvertrag handeln, der aber in gewisser Weise auch die besondere Stellung des § 615 berücksichtigt.

Die Gefahrtragung des Arbeitgebers im § 615 ist unter Zugrundelegung der herrschenden Ansicht der sog. zivilistischen Methode ganz besonders streng.

---

[133]) So Hedemann a. a. O. S. 205.

[134]) Anderer Ansicht scheinbar Kohler im Arch. B. R. 13, S. 258, der in solchen Kombinationsfällen eine teilweise Vergütung für angemessen hält.

[135]) Siehe darüber unten S. 41.

Trifft den Arbeitgeber ein Zufall, so muß er Lohn zahlen. Er trägt völlig die Gefahr der Unmöglichkeit seiner gesamten Mitwirkungshandlungen. Er hat erheblich mehr für Zufälle einzustehen als jeder andere Gläubiger eines gegenseitigen Vertrages. Er hat auch mehr einzustehen als jeder Schuldner, der niemals bei zufälliger Unmöglichkeit seiner Leistung Ersatz zu leisten braucht. Es gibt in der gesamten Gefahrtragung keine Vorschrift, die jemanden so mit der Gefahr zufälliger Ereignisse belastet, wie den § 615. Aus dieser Erkenntnis heraus soll die Gefahrentlastung des Arbeitgebers gefunden werden.

Das Recht kennt grundsätzlich eine Einstandspflicht nur bei Verschulden. Richtet jemand Schaden an, so hat er ihn nur zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden trifft. Von diesem Verschuldensprinzip gibt es Ausnahmen. Man kennt Fälle, in denen eine Haftung eintritt, ohne daß Verschulden vorzuliegen braucht. Wir finden diese Kausal- oder Gefährdungshaftung auf verschiedenen Rechtsgebieten, so in den §§ 701, Abs. 2 BGB, 833 BGB, 456 HGB, 11 Postgesetz, 1 Haftpflichtges., 7, Abs. 2 Kraftfahrzeugges. Die Erscheinung der Gefährdungshaftung beruht auf dem Gedanken, daß alle diejenigen, die Inhaber eines die Allgemeinheit gefährdenden Betriebes sind, die aus diesem Betrieb notwendig sich ergebenden Gefahren tragen sollen. Sie müssen Schadensersatz leisten, wenn ein Schaden infolge eines zufälligen Betriebsunfalles angerichtet wird. Diese Kausalhaftung hat Ähnlichkeit mit einer „Gefahrtragung", wenn sie auch inhaltlich mehr ist. Es handelt sich aber auch hier um eine Schadensverteilung beim Eintritt zufälliger Ereignisse. Sie zeigt sich besonders dort, wo der moderne Verkehr besondere Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringt. Der durch Berührung von Personen und Sachen mit dem Betrieb zufällig entstandene Schaden soll nicht nach dem Grundsatz „casum sentit dominus" verteilt werden, sondern er wird abgewälzt auf den Inhaber des Betriebes.

Bei dieser Haftung für Zufall nimmt das Gesetz selbst eine Gefahrentlastung des Betriebsinhabers vor, da eine ganz allgemeine Zufallshaftung in den meisten Fällen nicht der Billigkeit entspricht. Der Betriebsinhaber, die Eisenbahn, die Post, der Gastwirt, der Autohalter, soll nur die „typische" Betriebsgefahr tragen, deshalb wird er dann von der Gefahr entlastet, wenn der Schaden durch „höhere Gewalt" verursacht ist. Die Haftung für Zufälle, die durch höhere Gewalt entstehen, ist in sämtlichen angeführten Vorschriften ausgenommen worden. Es ist also ein Prinzip der Schadensverteilung bei der Gefährdungshaftung, daß der Betriebsinhaber nicht für zufällig entstandenen Schaden zu haften hat, wenn dieser durch ungewöhnliche Ereignisse herbeigeführt wird, die ganz außerhalb der Rechtssphäre des Betriebs entstanden sind, die der Arbeitgeber nicht hat voraussehen oder doch bei Anwendung größter Sorgfalt nicht hat verhindern können.

Diese vom Recht in vielen Fällen ausdrücklich vorgenommene Gefahrabwälzung läßt sich auch auf die außerordentlich scharfe Gefahrtragung des § 615 anwenden. Die Gefahrtragung des Arbeitgebers hat hier eine besondere Ähnlichkeit mit einer Kausalhaftung. Man kann auch in den § 615 den Grundgedanken hineinlegen, daß der Arbeitgeber für alle Zufälle einzustehen hat, die infolge Eigenart und Gefährlichkeit seines Betriebes die mit dem Betrieb in Berührung kommenden Menschen schädigen würden. Der Arbeitgeber hat zwar keinen Schadensersatz zu leisten, aber der Schadensersatzpflicht bei der Kausalhaftung entspricht die Verpflichtung des Arbeitgebers, Lohn zu zahlen, obwohl überhaupt nicht gearbeitet wird. In Wirklichkeit bedeutet das eine weit größere Belastung, ein erhöhtes Einstehenmüssen für Zufall, als es bei der Gefährdungshaftung der Fall ist. Auch der Arbeitgeber und Betriebsinhaber soll nur für Zufälle einstehen, die sich als typische Betriebsgefahr darstellen. Nicht aber ist ihm zuzumuten, Lohn zahlen zu müssen, wenn ein Ereignis die Stellung des Arbeitssubstrats verhindert, das außerhalb des Betriebskreises entstanden ist und dessen

schädigende Wirkung der Arbeitgeber durch vernünftigerweise zu erwartende Vorkehrungen nicht hat verhindern können [136]).

Aus diesm Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Verneinung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers, wenn der Annahmeverzug des § 615 durch höhere Gewalt herbeigeführt ist, insbesondere der Arbeitgeber das Substrat, die Fabrik, die Maschinen, seinen Gesamtbetrieb infolge höherer Gewalt nicht zur Verfügung stellen kann.

Wir erhalten so durch entsprechende Anwendung allgemeiner auf dem Boden der modernen Verkehrsanschauung entstandenen Grundsätze eine Möglichkeit, die Erfolgsgefahr, die der Arbeitgeber beim Dienstvertrag im § 615 in erhöhter Weise zu tragen hat, in besonderen Fällen auf den Arbeitnehmer abzuwälzen. Die Gefahrverteilung beim Dienstvertrag wird dadurch gerechter, denn es ist immer zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber im § 616 einen Teil der Gefahr trägt, die an sich der Arbeitnehmer zu tragen hätte. Ein Ausgleich wird dadurch geschaffen, daß bei Annahmeverzug durch höhere Gewalt Lohnzahlung ausgeschlossen sein soll. Der Eintritt eines Zufalls durch höhere Gewalt ist verhältnismäßig selten. Alle Zufälle, die eng mit dem Betrieb zusammenhängen, also einmal das „individuelle Betriebsrisiko" und auch ein Teil des „generellen Betriebsrisikos" würde immer der Arbeitgeber zu tragen haben. Er würde auch dann mit der Gefahr zu belasten sein, wenn die Fabrik polizeilich geschlossen wird, also eine „rechtliche" Unmöglichkeit seiner Mitwirkungshandlungen vorliegt.

Diese Risikoverteilung erscheint richtig, da im Falle des Untergangs des Arbeitssubstrats der Arbeitgeber schon ohnehin einen erheblichen Schaden hat. Er soll dann wenigstens in den Fällen, in denen eine typische Betriebsgefahr nicht vorliegt, sondern in denen unabwendbare von außen her in den Betrieb eingreifende Ereignisse die Annahme der Dienste verhindern, von der Gefahr entlastet werden. Eine solche Gefahrverteilung läßt sich weder aus dem Verhältnis von Unmöglichkeit und Annahmeverzug, noch aus den Vorschriften des Dienstvertragsrechts entnehmen. Es fehlt zwar nicht die völlige Grundlage, sie ist in gewisser Weise auf anderen Rechtsgebieten zu finden, die mit der Gefahrtragung im weitesten Sinne eine gewisse Ähnlichkeit haben. Ihre Berechtigung hat sie sicherlich für alle industriellen Arbeitsverträge, in denen man von Betriebsgefahren sprechen kann. In dieser Richtung müßte ungefähr die Grenze der

---

[136]) Siehe hierzu E x n e r in Grünhuts Zeitschr. Bd. 10 S. 497 ff.: „Höhere Gewalt ist ein Ereignis, welches außerhalb des Betriebskreises der betr. Unternehmung entsprungen, durch Hineinwirken in diesen Betriebskreis Schaden verursacht hat und das durch die Art und Weise des Auftretens die zu erwartenden Zufälle übersteigt." Ferner T r ä g e r, der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht. S. 308 ff.

R ü m e l i n, der Zufall im Recht S. 27 ff.: „Es erscheine billig, bei komplizierten Unternehmungen gewisse Gefährdungen zu den Betriebskosten zu rechnen. Auf diese Weise werde dadurch das Vorhandensein einer Betriebsgefahr festgestellt. Als vis maior ergebe sich, was sich nicht unter den Begriff der Betriebsgefahr bringen lasse. Haben eigentümliche Betriebseinrichtungen den Eintritt des schädigenden Ereignisses begünstigt, so komme es darauf an, ob es ein solches ist, mit dem im Verkehr überhaupt noch gerechnet werde." R. rechnet dann zu „höherer Gewalt" alles, was nicht Betriebsgefahr ist und dann noch die unabwendbaren Betriebsgefahren.

Siehe R.G. 64, 404: „Ein Ereignis ist höhere Gewalt, das durch alle dem Betriebsinhaber zuzumutende Vorkehrungen nicht abzuwenden oder unschädlich zu machen war." R.G. in Gruchots Beitr. 48, S. 815: „Nicht solche Unfälle können der höheren Gewalt zugeschrieben werden, welche in dem Betrieb, in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund haben. Dazu auch R.G. Gruchot 55, S. 1099; 49, S. 650; R.G. 93/66; 101/95; 104/150; 109/183.

Risikoverteilung liegen. Das fordert auch Lehmann[137]), der natürlich auch der Ansicht ist, daß eine positive Grundlage für eine derartige Regelung fehlt. Für eine solche Verteilung der Erfolgsgefahr würde auch der Gedanke der „Prävention" sprechen, den Rümelin erwähnt[138]). Der Arbeitgeber soll hier die Gefahren tragen, denen er vorzubeugen in der Lage ist.

Auch das RAG will hier ungefähr die Grenze in der Gefahrverteilung ziehen. Das geht aus einigen Entscheidungen hervor:

So in der Entscheidung im Bd. 4, S. 247. Hier war Strommangel eingetreten, die Gefahr dem Arbeitgeber auferlegt worden. Es heißt dann S. 247: „. . . für die Annahme der Revision, die Stromunterbrechung sei auf Einfluß höherer Gewalt, die vielleicht eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, zurückzuführen bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt."

In der Entscheidung im Bd. 3, S. 86 heißt es S. 89: „. . . davon, daß durch die Störung der Bestand des Werks gefährdet wird, kann keine Rede sein. Störungen in der Stromzuführung sind doch nicht außergewöhnliche Ereignisse, sondern . "

In einer anderen Entscheidung vom 15. 12. 28 (in Bensheimer Samml. Bd. 5, S. 38), wo die Stromzuführung nicht erfolgen konnte, weil infolge des Ostwindes der Wasserstand so sehr gesunken war, lesen wir S. 39: „. . . wenn aber ganz unvorhergesehene, im Betrieb noch nicht vorgekommene und durch irgendwelche zumutbaren Maßnahmen nicht vermeidbare Ereignisse den Betrieb der Kraft- und Lichtzufuhr berauben, so würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn der durch höhere Gewalt lahmgelegte Betrieb neben dem Schaden, den er trägt, auch noch die Lohnkosten tragen müßte."

Siehe auch die Entscheidung im Bd. 2, S. 74. S. 80 heißt es: „. . . Die Arbeiterschaft sollen regelmäßig solche Ereignisse treffen, die nicht nur die Führung des Betriebs, sondern dessen Bestand vernichten oder auf lange Zeit lahmlegen. Hierher gehören insbesondere Umstände, die von außerhalb auf ihn einwirken, wie z. B. Naturereignisse und fremde Gewalt."

In der Entscheidung im Bd. 5, S. 139, heißt es S. 142: „Nicht schlechte Vermögenslage an sich kann bei Betriebsstockungen den Unternehmer von der Tragung des Lohnrisikos befreien; sie kann es nur in Verbindung mit außergewöhnlichen, von außen her auf den Betrieb und seine Stillegung einwirkenden Ereignissen."

In einer Entscheidung des LAG Jena, vom 4. 1. 1928 (abgedruckt teilweise in Potthoff, Jadesohn, Meissinger, Rechtssprechung des Arb.-R. 1928, Nr. 2364) finden wir folgenden Satz: „. . . handelt es sich aber um Einflüsse von außen (politischer oder elementarischer Natur), die nicht den einzelnen Betrieb, sondern ganze Bezirke betreffen, so ist die allgemeine Abwälzung des Betriebsrisikos auf den Arbeitgeber unbillig."

In der Entscheidung des RAG (in Bensheimer Samml. Bd. 5, S. 42) lautet es: „. . . daß ganz außergewöhnliche Ereignisse vorgelegen haben, ergibt die Feststellung nicht."

Das LAG, Leipzig, (in Bensheimer Bd. 7, LAG, S. 7) sagt: „. . . Im vorliegenden Falle lagen aber dermaßen außergewöhnliche Ereignisse vor, die dem Einfluß der Menschen schlechthin entzogen waren", (S. 8). Hier herrschte infolge großer Kälte des Winters 1929 Kohlenmangel. Das LAG hat die Gefahrtragung des Arbeitgebers verneint.

---

[137]) Bei Ennec. S. 197, § 57, I, 2: „Man wird deshalb Annahmeverzug nur insoweit annehmen, als es sich um Hindernisse im Bereich des Gläubigers handelt, die durch höchste überpflichtmäßige Vorsicht zu beheben sind, während Hindernisse, die sich als höhere Gewalt auswirken, die Leistung unmöglich machen."

[138]) S. 98.

In der Entscheidung in J. W. 1925, S. 1912 sagt das LG Duisburg: „. . . Störungen des Betriebs, die auf unabwendbare Ereignisse von außen zurückzuführen sind und die Leistung des Arbeitnehmers hindern, müssen gemäß § 323 auch von der Arbeiterschaft getragen werden [139]).

§ 9. Die Verschärfung der Erfolgsgefahrtragung des Arbeitgebers durch den § 616.

Die Erfolgsgefahr, die der Arbeitgeber beim Dienstvertrag nach dem Wesen dieses Vertrages tragen muß, wird auf ihn in noch stärkerem Maße abgewälzt im Falle des § 616, der entgegen den §§ 614, 323 den Arbeitgeber mit der Gefahr belastet. Dieser § 616 enthält eine Ausnahme von der Regel des § 323, also eine gesetzliche Abänderung der grundsätzlichen Regelung der allgemeinen Leistungsgefahr bei gegenseitigen Verträgen.

Es gibt nun einige Schriftsteller, die den § 616 sehr weit fassen und ihn immer dann anwenden, wenn die Leistungsbereitschaft des Arbeiters ohne sein Verschulden unmöglich wird, ohne daß es auf die Gründe ankommen soll, aus denen er im gegebenen Falle nicht arbeiten kann. Begründet wird diese Auffassung mit der Annahme, daß die Unmöglichkeit der Leistungsbereitschaft und die Verhinderung der Arbeitsleistung begrifflich „in der Person" begründet sein müsse, andernfalls läge keine Unmöglichkeit der Leistung, sondern Fehlen der Gläubigerhandlung und damit die Voraussetzung des § 615 vor [140]). Die Worte des § 616 „in der Person" seien deshalb überflüssig. Nach dieser Ansicht also würden alle Fälle, die nicht unter § 615 fallen, unter § 616 zu bringen sein. Es müßten auch alle die Zufälle den Lohnanspruch nach § 616 bestehen lassen, die z. B. den Weg zur Arbeitsstätte versperren, die die Verkehrsmittel lahmlegen und die Bereithaltung der Arbeitswerkzeuge verhindern [141]).

Eine derartige Erfassung aller die Leistungsbereitschaft hindernden Zufälle kann nicht der Zweck des § 616 sein [142]). Die Bestimmung des § 616 kann nicht

---

[139]) Die Unsicherheit der Rechtspr. zeigt sich aber auch hier. Man vergleiche z. B. die Entscheidungen des LAG Leipzig vom 6. 5. 1929 (abgedruckt in Bensh. Samml. Bd. 7, S. 7), vom 4. 7. 1929 (teilweise abgedruckt bei Potthoff, Rechtsspr. des Arb.-Rechts 1930, Nr. 521), mit der Entscheidung des LAG Bielefeld vom 8. 5. 1929 (Potthoff Rechtsspr. des Arb.-Rechts 1930, Nr. 731). In allen drei Fällen handelte es sich um Kohlenmangel infolge des kalten Winters 1929. Das LAG Leipzig hat den Lohnanspruch verneint, das LAG Bielefeld bejahte ihn.

Auch die Entscheidung des RAG vom 16. 1. 1929 (Bensheimer Samml. Bd. 5, S. 110 ff.) fällt etwas aus dem Rahmen. Hier mußten infolge plötzlichen starken Eisgangs Baggerarbeiten eingestellt werden. Das RAG hat den Arbeitgeber hier verurteilt mit der Begründung, daß er trotz höherer Gewalt die Gefahr tragen müsse, weil er in Rechnung stellen müßte, daß im Laufe des Winters einmal Eisgang herrschen würde.

Wenig einheitlich waren auch die Entscheidungen anläßlich der Stillegung der Betriebe infolge der Ruhrbesetzung. Das LG Düsseldorf hat den Anspruch der Arbeiter bejaht (Neue Zeitschr. f. Arb.-Recht 25, S. 467), das Berg GG Dortmund hat dem Arbeitgeber die Gefahr abgenommen. (Entscheidung vom 7. 1. 24, Neue Zeitschr. f. Arb.-Recht 24, Sp. 495.)

[140]) So Groh, Koalitionsrecht, S. 179.

[141]) Siehe dazu auch Potthoff in J. W. 1922, S. 554, der eine ähnliche Meinung vertritt und infolge seiner rein arbeitsrechtlichen Behandlung der gesamten Gefahrtragung eine andere Begründung gibt. Krankheiten, Verkehrsstörungen und ähnliches seien Zufälle, die den Gebrauch der Arbeitskraft hindern. Das Risiko für diese Hinderung habe der zu tragen, der „Gewalt und Recht über die Arbeitskraft habe", also der Arbeitgeber.

[142]) So auch Oertmann Komm. S. 923.

so ausgelegt werden, daß eine völlige Verschiebung der Gefahrverteilung des § 323 stattfinden soll, d. h. also, daß der § 323 überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommt, wenn es sich um eine Unmöglichkeit der Leistungsbereitschaft handelt. Einmal geht aus dem § 616 per argumentum e contrario hervor, daß bei dauernder Verhinderung der Vergütungsanspruch aufgehoben wird. Die Abwälzung der Gefahr auf den Arbeitgeber hat also zeitliche Grenzen. Sie ist aber nicht nur zeitlich, sondern auch sachlich begrenzt.

Es sollen nur die Fälle unter § 616 fallen, in denen die Leistungsbereitschaft dadurch aufgehoben ist, daß die Zufälle in der individuellen Persönlichkeit des Arbeiters eintreten. Ist aber z. B. der Weg zur Arbeitsstätte versperrt, so hindert dieses Ereignis zwar den Arbeiter im konkreten Falle an der Arbeit, es hindert ihn aber nicht deshalb, weil dieser Arbeiter eine bestimmte Person ist. Das Ereignis hindert ihn, wie es jeden andern Arbeiter im konkreten Fall auch an der Arbeit hindern würde, ohne daß es auf das Individuum als solches ankommt. Wird der Arbeiter aber krank, wird er zum Militärdienst einberufen, ist er als Schöffe berufen, oder ist in seiner Familie ein Trauerfall eingetreten, hat er eine Anordnung von höherer Stelle bekommen, als Zeuge oder Sachverständiger tätig zu sein, so wirken diese Ereignisse in der Außenwelt nur deshalb auf die Leistungsbereitschaft des Arbeiters als Zufälle ein, weil er eine bestimmte individuelle Persönlichkeit ist. Nur diese „individuellen Zufälle" lassen den Anspruch auf Lohn für gewisse Zeit bestehen und legen dem Arbeitgeber die Gefahr auf. Es ist im § 616 aus sozialen Gründen eine Aenderung des Grundsatzes getroffen, daß jeder für die in seiner Person und in seiner „Sphäre" eintretenden Zufälle einzustehen habe.

Die vom Arbeitgeber zu zahlende Vergütung wird gezahlt, gleichgültig ob Akkord- oder Zeitlohnvertrag vorliegt. Im ersteren Falle wird sie am besten danach berechnet werden, wieviel Stück vom Arbeiter während des Zeitabschnitts, in dem er an der Arbeit verhindert war, durchschnittlich hätten geliefert werden können. Im zweiten Falle wird die Berechnung nach Stunden, Tagen usw. erfolgen.

Für die verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern sind hier Sonderbestimmungen getroffen:

Für Angestellte, nicht auch für Arbeiter, gilt nach § 616, Abs. 2, S. 2, für Krankheitsfälle eine Zeit von 6 Wochen als „verhältnismäßig kurz", vorbehaltlich anderer vertraglicher Bestimmungen. Bei gewerblichen Arbeitnehmern höherer Art (§ 133a Gewerbeordnung) besteht bei unverschuldetem Unglück gleichfalls für 6 Wochen Lohnanspruch, § 133 c, Abs. 2 Gew.O., ebenso für Handlungsgehilfen nach § 63 I HGB.

Der Arbeitgeber wird aber in der Regel dadurch entlastet, daß die Arbeitnehmer sich ihr Kranken- und Unfallgeld anrechnen lassen müssen, § 616, Abs. 1, S. 2, 133 c Abs. 2 Satz 2 Gew.O. Nur Handlungsgehilfen haben nach zwingender Vorschrift des § 63, Abs. 2 HGB diese Anrechnungspflicht nicht.

Der Lohnanspruch ist im allgemeinen abdingbar. Nicht abdingbar ist er

1. für Angestellte (nicht Arbeiter), doch nur für Krankheitsfälle, § 616, Abs. 2, S. 2;
2. für Handlungsgehilfen, § 63, Abs. 2, S. 2 HGB;
3. für höhere gewerbliche Arbeiter, § 133 c, Abs. 2, S. 3.

Durch die Notverordnung vom 26. 7. 1930 (Abschn. 4, Tit. 2, Nr. 14) ist in dem § 189 der Reichsvers.O. ein neuer Absatz eingefügt worden. In diesem ist bestimmt, daß der Anspruch des Versicherten auf Kranken- und Handgeld ruht, wenn und soweit er während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält. Das gilt also für alle Fälle, in denen der Arbeitnehmer in diesem Sinne von der Gefahr entlastet ist, also insbesondere für die obengenannten Arbeitnehmer.

2. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Werkvertrag.

§ 10. Die grundsätzliche Stellung des Gesetzes in dem § 644, Abs. 1, S. 1.

Während über die Erfolgsgefahrtragung beim Dienstvertrag vor dem Kriege wenig geschrieben ist, haben viele Schriftsteller, besonders gleich nach 1900, die Gefahrtagung beim Werkvertrag behandelt[143]). Auch schon vor Inkrafttreten des BGB ist das „periculum" bei der Werkverdingung der Stoff für viele größere und kleinere Arbeiten gewesen[144]). Das hängt damit zusammen, daß die Gefahrtragungslehre im römischen und gemeinen Recht außerordentlich umstritten war. Großen Einfluß hat aber auch gehabt, daß das BGB genau wie beim Kauf auch beim Werkvertrag den Ausdruck Gefahr verwendet und daß es eine Anzahl weiterer Vorschriften im Werkvertragsrecht enthält, die unmittelbar mit der Gefahrtragung zusammenhängen, insbesondere die §§ 642, 645, 649 BGB. Die römischrechtlichen Streitfragen, die insbesondere über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs entstanden waren, sind vom BGB in dem § 644 abgeschnitten worden[145]). Einige andere Rechtsgedanken, die im römischen und gemeinen Recht aufgetaucht sind, sind zum Teil auch für die heutige Lehre von der Gefahrtragung beim Werkvertrag von Bedeutung und haben auf die Behandlung des gesamten Komplexes Einfluß gehabt.

Der Unternehmer verpflichtet sich im § 631 zur Herstellung eines Erfolgs durch Arbeit. Was unter „Erfolg" zu verstehen ist, ist nicht ganz unbestritten und in vielen Fällen nicht genau festzustellen[146]). Als Beispiel führt das BGB an: die Verarbeitung oder Herstellung einer Sache, es läßt aber auch Erreichung eines sonstigen Arbeitserfolges jeder Art Gegenstand des Werkvertrages sein.

Wo es sich um Bearbeitung einer Sache handelt, deren Ergebnis äußerlich in Erscheinung tritt, werden die Parteien meist zwischen Tätigkeit und Erfolg scheiden, ebenso wenn es sich um Einwirkungen auf Menschen handelt. Es gehören hierher: Reparaturen, Veränderungen, Transporte, beim Menschen beispielsweise Operationen usw. Es kann sein, daß manchmal eine Einwirkung auf

---

[143]) Schmidt: Worin weichen die Regeln des BGB über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Diss. 1903. Wuppermann: dasselbe Thema, Rostock 1902. Kentenich: Rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach BGB. Erlanger Diss. 1898. Oertmann: Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschr. 24, S. 1ff. Rümelin, Martius, Meyer: a. a. O.

[144]) Schmauser: Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gem. röm. Recht, Erlangen 1891. Paszotta: Rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung. Greifswalder Diss. 1889. von Buchholz: Das Einstehen für den Zufall bei der Werkverdingung in Zeitschr. Zivilrecht und Prozeß, Bd. 8.

Ury: Gefahrtragung bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht. Erlanger Diss. 1897.

[145]) Siehe dazu Motive II, S. 498 ff.

[146]) Siehe Anm. 30 S. 11; Anm. 150 S. 45.

die Sache oder den Menschen nicht besonders hervortritt, so z. B. bei Beaufsichtigen, Suchen, Finden, Zählen usw.[147]). Gegenstand eines Werkvertrages können weiterhin Künstlerleistungen sein, Malen, Singen, schauspielerische Tätigkeit, ebenso wissenschaftliche und kaufmännische Tätigkeit, die zu einem Erfolg führen soll[148]). Oft wird von den Parteien dann nicht zwischen Tätigkeit und Erfolg geschieden, wenn der Erfolg sich mit Notwendigkeit an die Tätigkeit anschließen muß. Aber auch hier ist oft Werkvertrag anzunehmen. Der Begriff Erfolg darf nicht zu weit gefaßt werden. Er bedeutet im Grunde genommen eine Veränderung in der Außenwelt[149]), deren Erreichung beim Werkvertrag Gegenstand des Vertrages geworden ist. Der mit der Arbeit bezweckte weitere Erfolg, im Gegensatz zu „Nichterfolg" wird von den Parteien oft gar nicht in den Vertrag hineingenommen[150]).

Nach dem § 644, Abs. 1, S. 1, der sich als Grundvorschrift für die Gefahrverteilung beim Werkvertrag darstellt, trägt der Arbeitnehmer die „Gefahr" bis zur Abnahme durch den Besteller. Um die Bedeutung des § 644 würdigen zu können, muß versucht werden, ihn mit allgemeinen Vorschriften über die Gefahrtragung in Einklang zu bringen. Im § 644 ist dem Unternehmer eine Gefahrtragung auferlegt, die für ihn sehr ungünstig ist, denn die Grenze, bis zu der er mit der Gefahr belastet wird, ist außerordentlich weit gezogen. Sie geht noch weiter als die Grenze des § 323[151]), denn der Schuldner wird hier mit der Gefahr belastet, obwohl er seinerseits alles Erforderliche getan hat, was nach § 631 zu seiner Leistungspflicht gehörte, nämlich den beabsichtigten Arbeitserfolg erreicht hat. Der Unternehmer wird aber von seiner gesamten Verbindlichkeit erst dann befreit, wenn der Besteller die Leistung anerkannt, d. h. abgenommen hat. Die

---

[147]) Rümelin, S. 61 ff.

[148]) Hier werden viele Fälle unter den § 675 fallen, also sich als Geschäftsbesorgungsverträge darstellen.

[149]) So auch Martius, S. 7.

[150]) Rümelin bringt hier S. 74 folgende Beispiele: „Man kann nicht sagen, daß der Lehrer, der den Unterricht eines ungezogenen Jungen zu Ende führt, einen Erfolg erreicht hätte, ebensowenig das Dienstmädchen, das bei einer bösen Frau aushält, der Arzt, der operiert hat, wenn der Patient gestorben ist." Molitor A. a. O. S. 29: „Es muß unterschieden werden zwischen dem Erfolg, der in der Arbeit selbst liegt und damit notwendig den Gegenstand des auf Arbeit gerichteten Vertrags bildet und dem weiter bezweckten Erfolg, der nicht notwendig einzutreten braucht, aber auch zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden kann. Der „Erfolgsvertrag" ist auf ein Ergebnis gerichtet, das über den in der Arbeit selbst liegenden Erfolg hinausgeht. Hiernach will Martius z. B. den Arztvertrag als Dienstvertrag ansehen, da ein außerhalb liegender Erfolg, die Heilung, nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht ist. Dagegen ist zu sagen, daß bei einer Operation sicherlich auch ein Erfolg im Sinne eines Arbeitsresultats eingetreten ist, wenn der Patient nicht geheilt wird.

Lotmar II. S. 432: Der Erfolg der Arbeit sei identisch mit Ergebnis der Arbeit. Das Wort Erfolg bedeute nicht mehr als den unmittelbar der Arbeit anhaftenden Effekt, also weder etwas von dessen Qualität, ein Lob, noch umfasse er den Erfolg des Erfolgs als einen mittelbaren Effekt der Arbeit, dessen Eintritt von nachfolgenden Faktoren abhänge. Es komme gewiß auch im Leben und vereinzelt in den Rechtsquellen Erfolg im Sinne von günstigem Erfolg vor mit Einschluß der mittelbaren Wirkungen. Ein Erfolg liege aber auch vor, wenn der Rechtsanwalt die Verteidigung vollbracht hat, mag der Angeklagte verurteilt sein; auch wenn der Arzt operiert hat, ohne daß die Krankheit gebessert wird, sei ein Erfolg erreicht.

[151]) So auch Dochnahl, S. 302; Stern, S. 116; Siehe auch Riezler, S. 143.

„Gefahr des vollendeten Werks" ist deshalb nicht etwa ein „periculum rei", sondern sie ist ein Teil des periculum obligationis, weil bei ihrer Verwirklichung die Befreiung des Gegners genau so erfolgt wie bei Gefahrverwirklichung vor Vollendung, d. h. der Schuldner seinen Anspruch auf die Vergütung verliert. Das letztere ist ja gerade das Typische für die Rechtsfolge der Verwirklichung des periculum obligationis.

Die Besonderheit des § 644 ist, daß er den Zeitpunkt der Lösung der gesamten Obligation vom Zeitpunkt der Verwirklichung des mit der Arbeit bezweckten Erfolges trennt, obwohl aus § 631 deutlich hervorgeht, daß der Schuldner geleistet hat, wenn er den Erfolg durch Arbeit ordnungsgemäß erreicht hat. Es wird zwischen diesen beiden Zeitpunkten ein Schwebezustand geschaffen, in dem trotz bereits erfolgter Leistung der Schuldner die Gefahr zu tragen hat, und zwar nicht irgendeine außerhalb liegende Gefahr, sondern die Gefahr seiner Leistung, das periculum obligationis, als dessen konkrete Rechtsfolge der Verlust auf die vertragsmäßige Vergütung eintritt. Es besteht deshalb bei Werkverträgen, in denen eine Abnahme erfolgen kann, ein innerer Zusammenhang zwischen der „Gefahr der Unmöglichkeit der Leistung" und der „Gefahr des vollendeten Werks". Beide zusammen lassen sich nicht trennen, sondern sie stellen hier den Inhalt des periculum obligationis dar.

Der Unternehmer trägt also nach den §§ 323, 644 grundsätzlich die Gefahr des Erfolgs der Arbeitsleistung, ganz gleich, ob dieser Erfolg nicht erreicht wird, weil mit der Arbeit nicht begonnen ist, weil sie unterbrochen wird, oder weil das vollendete Werk von einem Zufall betroffen wird.

Von erheblicher Bedeutung ist daher die Frage, was unter Abnahme nach § 640 zu verstehen ist. Es gibt nach § 646 auch Werke, bei denen infolge ihrer Beschaffenheit eine Abnahme ausgeschlossen ist. Hier tritt anstelle der Abnahme die Vollendung des Werks als Zeitpunkt für den Gefahrübergang. Es gibt in diesen Fällen keine „Gefahr des vollendeten Werks" mehr, der Schwebezustand zwischen Erfolgserreichung und Abnahme ist nicht mehr vorhanden.

Über den Begriff der Abnahme beim Werkvertrag hat von Anfang an Streit geherrscht. Der Entwurf stand anscheinend auf dem Standpunkt, daß Abnahme im jetzigen § 640 genau dieselbe Bedeutung hätte wie beim Kauf im jetzigen § 433, Abs. 2 [152]). Danach würde Abnahme gleichbedeutend sein mit körperlicher Übergabe, hier vom Standpunkt des Gläubigers aus gesehen, körperlicher Hinnahme der Kaufsache oder des Werks. Diese Meinung ist auch in der Wissenschaft vertreten worden [153]). Vom Standpunkt der Gefahrtragungslehre aus spricht viel für diese Ansicht; denn es ist denkbar, daß auch beim Werkvertrag eine Gefahrverteilung nach den tatsächlichen Besitzverhältnissen getroffen wäre.

Die besonderen Verhältnisse des Werkvertrages sprechen aber dagegen, der Abnahme im § 640 die Bedeutung einer Besitzübertragung beizumessen. Der Besteller nimmt zwar auch das Werk hin, wenn es sich im Besitz des Unternehmers befindet, er muß aber gleichzeitig zu erkennen geben, daß er es als vertragsmäßig anerkenne, also billige. Es besteht ein Zusammenhang mit der approbatio des römischen Rechts. Daß Abnahme nicht Übergabe bedeuten kann, geht daneben auch aus dem § 651 hervor, wo bei Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen der Gefahrübergang nicht an die Übergabe, sondern an die Abnahme geknüpft ist, obwohl im übrigen dieser Vertrag grundsätzlich nach Kaufrecht behandelt wird. Das setzt ein Auseinanderfallen von Übergabe und Abnahme notwendig voraus. Auch die zweite Kommission war der Ansicht, daß Abnahme

---

[152]) Siehe Mot. II S. 490.

[153]) So Dernburg Bürg Rech II, § 318; Titze S. 300; Lotmar II S. 844. Zum Teil auch Jacobi in Jher. Jahrb. Bd. 45, S. 279—281. Reichsger. Räte-Komm. § 640, Anm. 3.

beim Werkvertrag etwas anderes sei als bloße körperliche Hinnahme[154]). Es wurde richtig geltend gemacht, daß der Unternehmer ein Interesse daran habe zu wissen, ob die Werkleistung in der Hauptsache als vertragsmäßig anerkannt werde. Er dürfe nicht in Ungewißheit bleiben, ob das Werk auch die Billigung des Bestellers finde; das würde der Fall sein, wenn bloße Übergabe gleichbedeutend mit Abnahme sei.

Richtig ist also, daß die Abnahme irgendeine Erklärung des Bestellers enthält, mag man sie Anerkennung als Erfüllung oder Billigung nennen. Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung[155]).

Es fragt sich nur noch, ob nicht dem Abnahmebegriff doch auch ein körperliches Substrat zugrunde liegt. Diese Annahme liegt wegen § 640, S. 1, 2. Hälfte, und § 646 nahe. Es ist nämlich möglich, daß die Abnahme „infolge der Beschaffenheit" des Werks ausgeschlossen sein kann. Hieraus wird geschlossen, daß die Abnahme nicht nur in einer Erklärung des Bestellers bestehen könne, denn eine solche sei immer möglich, gleichgültig, ob es sich um materielle oder immaterielle Werke handele. Es müsse noch ein zweites Element hinzukommen, nämlich die körperliche Hinnahme, so daß Abnahme gleichbedeutend mit körperlicher Hinnahme + Billigungserklärung des Bestellers sei[156]).

Diese Meinung hat zwar einen richtigen Kern, ist in der scharfen Formulierung aber nicht zutreffend. Wenn man ihr folgt, also die Abnahme als aus den obengenannten Elementen zusammengesetzt ansieht, würde z. B. keine Abnahme vorliegen, wenn ich zum Schneider gehe, den Anzug als vertragsmäßig hergestellt anerkenne, ihn aber noch im Besitz des Schneiders lasse. Hier fehlt die körperliche Hinnahme. Umgekehrt könnte eine Abnahme nicht erfolgen, wenn das Werk sich im Besitz des Bestellers befindet, denn auch hier ist eine körperliche Übergabe nicht möglich. Diese naheliegenden Folgerungen werden aber nicht gezogen, wenigstens von den meisten nicht. So wird eine Abnahme auch von denen, die die körperliche Hinnahme als Teil der Abnahme ansehen, für möglich gehalten, wenn das Werk sich im Besitz des Bestellers befindet[157]).

Grundsätzlich ist es richtig, daß als Voraussetzung für eine Abnahme im Sinne des § 640 ein körperliches Substrat vorhanden sein muß. Es muß berücksichtigt werden, daß es sich beim Werkvertrag in erster Linie um einen Vertrag auf Erreichung eines Arbeitserfolges handelt. Dieser hat aber in vielen Fällen Ähnlichkeit mit einem Sachleistungsvertrag, nämlich dann, wenn eine Sache be- oder verarbeitet wird und das Resultat der Arbeit wieder einen körperlichen Gegenstand darstellt. In diesen Fällen haben die Parteien zwar nur die Erreichung eines Arbeitserfolges zum Vertragsinhalt gemacht, der Besteller bezweckt aber weiter, das Werk, die hergestellte Sache, zu benutzen und sie zu irgendeinem Zweck wirtschaftlich zu verwenden. Das ist ihm aber nur möglich, wenn er oder ein anderer in den Besitz des Werks gesetzt wird, also die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache hat. Ist das Werk im Besitz desjenigen, der es hergestellt hat, hat dieser die Verfügungsgewalt, so muß es irgendeinen Weg geben, in den Besitz der Sache zu gelangen. Hand in Hand damit geht das Interesse des Unternehmers, daß er vom Besitz an der Werksache befreit wird, da sein Ziel mit der Herstellung des Erfolgs, für den er das Entgelt erhält, erreicht

---

[154]) Prot. II S. 317; Mugdan Materialien II S. 924—925.

[155]) Ennec. Lehmann § 149, Anm. 3; Riezler S. 135—137, Rümelin S. 215, Stern S. 123/4; RG 110/407; Schöller in Gruchot Bd. 46, S. 38.

[156]) So Kisch S. 69; z. T. auch Rümelin S. 215; Planck-Brodm. § 640, Anm. 1a ff.; Crome Part. Rechtsgesch. S. 313; Dochnahl S. 298—99; Rosenberg in Jher. Jahrb. Bd. 43, S. 256. Dazu auch RG 57/339, in Jur. W. 08/432. Staud.-Kober Bem. IIa, zu § 640.

[157]) Siehe Rümelin S. 215, Kisch S. 69, Dochnahl S. 301, 302, RG 110/407, Staud. Kober Anm. IVa zu § 640.

ist. Vom Standpunkt der beiden Parteien und ihrer Interessen aus muß deshalb ein Weg gefunden werden, der dem Besteller das Recht gibt, die Übertragung des Besitzes an der Werksache zu verlangen, und ihm gleichzeitig die Pflicht auferlegt, den Unternehmer von dem Besitz zu befreien. Beim Werkvertrag ist nun von einer Übergabe nicht die Rede, es ist im § 640 nur bestimmt, daß der Besteller „verpflichtet ist", das Werk abzunehmenn. Daraus ist zu schließen, daß der normale Weg der Besitzübertragung in solchen Fällen der Weg der Abnahme ist, d. h. also daß das Gesetz hier nicht nur eine Pflicht des Bestellers zur Billigung, sondern auch eine Pflicht zur körperlichen Hinnahme des Werks festsetzen wollte. Es ist deshalb richtig, daß in diesen Fällen der Abnahmebegriff zwei Elemente, nämlich Billigung und körperliche Hinnahme umfaßt. Der Besteller kommt deshalb nicht nur in Verzug, wenn er die Billigung verweigert, sondern auch dann, wenn er billigt, das Werk aber nicht körperlich hinnehmen will. Die körperliche Hinnahme braucht natürlich nicht durch den Besteller selbst zu geschehen, sie kann auch von einem Dritten vorgenommen werden. Hier ist das letzte Stück der Abnahme erfolgt, wenn der Dritte das Werk entgegennimmt. Weigert er sich, so muß der Unternehmer es dem Besteller zur Übernahme anbieten, der es entgegennehmen muß und in Verzug kommt, wenn er es nicht tut.

Es fragt sich aber, wie der umgekehrte Fall zu entscheiden ist: das Werk befindet sich im Besitz des Bestellers, entweder es ist ihm übergeben oder war schon vorher in seinem Besitz. Fordert man zur Abnahme in jedem Fall „körperliche Hinnahme", so müßte in diesem Falle eine Abnahme ausgeschlossen sein, da ja eine körperliche Besitzübertragung nicht erfolgen kann. Das ist nicht richtig. Auch hier ist eine Abnahme möglich; sie beschränkt sich, da das Erfordernis „Besitzerlangung des Bestellers" schon vorhanden ist, lediglich auf die Billigung. Hier ist es nicht mehr nötig, daß eine Besitzverschaffung, die dem Besteller die Möglichkeit der Einwirkung auf das Werk und seiner wirtschaftlichen Verwendung gibt, erfolgt. Deshalb ist aber die Abnahme nicht ausgeschlossen.

Man kann deshalb sagen, daß die Abnahme als wesentlichen Bestandteil die Billigungs- oder Anerkennungserklärung des Bestellers erfordert. Wenn eine solche Erklärung nicht erfolgt, dann hat eine Abnahme nicht stattgefunden. Ist das Werk im Besitz des Unternehmers, so muß auch die körperliche Übergabe als Bestandteil der Abnahme angesehen werden. Ist der Besteller im Besitz des Werks, so wird mit der Billigung nicht nur die Leistung anerkannt, der Besteller gibt gleichzeitig zu erkennen, daß sein Gewaltverhältnis an der Werksache begründet und der Unternehmer von jeder Einwirkung ausgeschlosen werden soll. Er erkennt nicht nur die Sache als vertragsmäßig an, sondern er billigt gleich zeitig die Arbeit des Unternehmers, erklärt also damit, daß der Unternehmer nun nicht mehr zu arbeiten braucht, ja noch mehr, daß ihm von nun an das Recht entzogen wird, auf die Werksache Einwirkungen durch Arbeit vorzunehmen. Diese letztere Möglichkeit besteht ja für den Unternehmer immer noch, solange keine Billigung erfolgt ist. Jetzt wird sie ihm genommen, darin liegt die Abnahme. Den richtigen Gedanken hebt deshalb R i e z l e r hervor: „Man muß im Auge behalten, daß die §§ 640, 646 nicht von den Folgen eines Besitzübergangs und der Möglichkeit einer Besitzübertragung sprechen wollen, sondern zunächst einmal von einem Akt der Anerkennung, der allerdings mit einem körperlichen Gewaltverhältnis zur Sache verbunden sein muß. Die ausdrückliche Erklärung, daß er dieses Gewaltverhältnis an der hergestellten Sache als bestehend erachtet, mit anderen Worten, daß er das in der Sache verkörperte Werk „als das seine betrachte", kann der Besteller nach der Auffassung des Lebens auch dann abgeben, wenn eine Besitzübertragung im juristischen Sinne nicht möglich ist" [158]).

Von dieser Ansicht aus lassen sich auch die Ausnahmen verstehen, in denen „infolge der Beschaffenheit" des Werks die Abnahme ausgeschlossen sein soll.

[158]) a. a. O. S. 137.

Das kann nur dort gegeben sein, wo das Werk so beschaffen ist, daß ein Besitz im Rechtssinne nicht möglich ist. Das ist bei allen Werken der Fall, die sich nicht als körperliche Gegenstände darstellen. Ich kann zwar auch einen Transport, eine Theateraufführung, ein Lied oder einen Schriftsatz als richtig ausgeführt anerkennen, aber in allen diesen Fällen ist dies keine Abnahme im Rechtssinne mehr, denn ich kann nicht erklären, daß ein bestimmtes Gewaltverhältnis aufhören soll, ich kann nach Vollendung nicht dem Unternehmer eine Einwirkungsmöglichkeit entziehen, weil eine solche gar nicht mehr vorhanden ist. Diese Anerkennungserklärung ist hier ohne Bedeutung, weder für den Gefahrübergang noch die andern Rechtsfolgen, die an die Abnahme im Sinne des § 640 geknüpft sind. Die Abnahmefähigkeit richtet sich deshalb nach der Körperlichkeit und Unkörperlichkeit des Werkes. Abnehmbar sind alle materiellen Werke, sei es, daß das Werk sich als eine bewegliche Sache, z. B. einen Anzug, ein Paar Schuhe, sei es als unbewegliche Sache, wie ein Grundstück oder wesentlicher Bestandteil einer Sache, ein Gebäude, eine Wasserleitung [159]) usw. darstellt. Ob das Werk sich im Besitz des Unternehmers oder Bestellers befindet, ob die Prüfung wie bei hohen Bauten beispielsweise besonders erschwert ist [160]), das ist für die Frage nach der Abnahmefähigkeit gleichgültig. Die Auffassung des täglichen Lebens deckt sich weitgehend mit dieser Ansicht, sie ist praktisch brauchbar und entspricht auch dem Wesen des Werkvertrages und dem Willen des Gesetzgebers [161]).

Für die Auslegung des § 644 ist zu berücksichtigen, welche Art von Zufällen auf den Vertrag einwirken können. Dabei kommt es nicht darauf an, eine genaue Einteilung vorzunehmen [162]), sondern es ist nur erforderlich, sich über die den § 644 zugrunde liegenden Gedanken klar zu sein. Nach dem Wortlaut, dem Sinn und der Entstehung der Vorschrift ist als erwiesen zu erachten, daß hier unter Gefahr oder Erfolgsgefahr das typische „periculum obligationis" zu verstehen ist. Es ist einfach zu fragen, ob auf Seiten des Schuldners voll erfüllt ist. Wenn dies durch Zufall nicht geschehen ist, dann erhebt sich die Frage nach der Befreiung des Schuldners und nach dem Schicksal der Gegenleistung. Dabei ist zweierlei grundsätzlich in Erwägung zu ziehen:

1. Die Gefahr kann sich dadurch verwirklichen, daß eine Unmöglichkeit der Erreichung des beabsichtigten Erfolgs eintritt.

Das ist der Fall, wenn der Erfolg nicht erreicht wird, gleichgültig ob mit der Arbeit begonnen ist oder nicht. Die Unmöglichkeit kann herbeigeführt werden durch tatsächliche oder rechtliche Leistungshindernisse. Erstere sind die häufigsten. Sie können verschiedener Art sein und in verschiedener Weise auf den Vertrag einwirken. Hier ist es ebenfalls völlig gleichgültig, ob sie während der Arbeitszeit oder vor Beginn der Arbeit eintreten. Sie können z. B. dem Arbeiter das Arbeiten überhaupt unmöglich machen und damit natürlich den Erfolg ver-

---

[159]) Hier soll nach Planck-Brodm. § 640, OLG Rostock in Seuff. Arch. 64, Nr. 191, Staud.-Kober § 640, Anm. IVb, die Abnahme ausgeschlossen sein.

[160]) Siehe hierzu Lehmann bei Ennec. § 149, Anm. 3, der eine Abnahme hier für nicht möglich hält.

[161]) So auch im Ergebnis: Dochnahl S. 302, Riezler S. 137; in der Hauptsache auch Kisch S. 70; RG 110/408.

Ganz abweichend Stern S. 123, 124, der auch bei immateriellen Werken eine Abnahme für möglich hält.

[162]) So insbesondere Rümelin S. 76, der die bekannte bis ins einzelne gehende Einteilung der Gefahren vornimmt. Stern S. 110 ff., Oertmann a. a. O. S. 24 ff., Riezler S. 142 ff. nehmen auch eine Einteilung der Gefahren vor. Aber hier muß festgestellt werden, daß einzelne sich decken, so daß eine Unterscheidung unnötige Verwirrung schafft.

hindern. Die „Gefahr der Arbeitskraft", wie sie genannt wird[163]), dürfte sich beim Werkvertrag nicht allzu häufig verwirklichen. Es kommt ja nur darauf an, ob der Erfolg erreicht wird. In den meisten Fällen spielt es keine Rolle, ob er eine kurze Zeitspanne früher oder später eintritt. Eine zeitweilige Unterbrechung der Arbeit bedeutet nicht Unmöglichkeit der Leistung, so daß es eine eigentliche Gefahr der Arbeitskraft nur in den Fällen gibt, in denen der Arbeiter völlig verhindert ist, also bei Tod und schwerer Krankheit. In einigen Fällen, in denen der Erfolg an einem bestimmten Tage erreicht sein muß, also bei genau zeitlich fixierter Leistung, wird eine nur zeitliche Verhinderung allerdings auch oft Unmöglichkeit der Leistung bedeuten[164]).

Die weitaus meisten Fälle der Unmöglichkeit dürften bei materiellen Werken die des Untergangs oder der Verschlechterung des noch nicht vollendeten „Werks" sein. Es wird sich hier immer um einen Untergang des Stoffes oder des Materials handeln, der dann gleichzeitig Untergang eines Teils des beabsichtigten Werkes zur Folge hat. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß natürlich auch beim Werkvertrag manchmal eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegen kann, nämlich dann, wenn die Unterbrechung der Arbeit ein Teilresultat bestehen läßt. Dann ist nach § 323, Abs. 1, S. 2 auch Teilvergütung zu entrichten, sicherlich dann, wenn ein Teilresultat für den Besteller Wert hat. Das wird der Fall sein, wenn durch spätere Bearbeitung der ursprünglich beabsichtigte Erfolg noch erreicht werden kann. Es ist oft anzunehmen bei Transportverträgen, in denen der Transport mit anderen Verkehrsmitteln fortgesetzt werden kann. In den meisten Fällen ist aber eine Teilbarkeit des Werks nicht anzunehmen. Auch vor Beginn der Arbeit ist ein Untergang des Stoffs, der die Voraussetzung für die konkrete Werkleistung darstellt, möglich. Hier wird dann auch in vielen Fällen Verwirklichung der Gefahr mit den Folgen des § 323 stattfinden.

Die Erreichung des mit der Arbeit beabsichtigten Erfolgs kann weiterhin dadurch unmöglich werden, daß er von selbst eintritt, ohne daß Arbeitskraft verwendet worden ist. Das kann der Fall sein, wenn mit einer Sache räumliche Veränderungen vorgenommen werden sollen, also z. B. wenn ein Schiff von selbst frei wird, das flott gemacht werden soll, oder ein von Arbeitern zu fällender Baum in der Nacht vom Sturmwind entwurzelt wird. In diesen Fällen kann natürlich eine Gefahrtragung des Unternehmers nur Platz greifen, wenn mit der Arbeit überhaupt noch nicht begonnen ist. Hat der Unternehmer schon angefangen zu arbeiten, so hat er den Erfolg auch erreicht, wenn der Zufall ihm die Arbeit erleichtert, das Arbeitsresultat also ohne große Mühe zustande kommt. Eine einfache Unterbechung der Tätigkeit kann dann manchmal bei Transportverträgen nicht zum beabsichtigten Erfolg führen, nämlich dann, wenn nach dem Vertragsinhalt z. B. die zu transportierende Sache oder die Person nicht nur an einen bestimmten Ort gebracht werden sollen, sondern sie auch zu einer bestimmten Zeit dort eintreffen müssen. Hier ist dann ein weiterer Erfolg in den Vertrag hineingenommen. Wird der Transport durch Zufall unterbrochen, ist die Erreichung des beabsichtigen Erfolgs unmöglich geworden.

Die für die materiellen Werke erwähnten Erfolgsverhinderungen mit der Folge der Unmöglichkeit der Leistung passen richtig nur auf den reinen Werkvertrag, in dem das Substrat nicht vom Unternehmer zu beschaffen ist. Liefert dieser nämlich den Stoff, so ist oft fraglich, ob bei Wegfall eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Das hängt von der Frage ab, ob durch die begonnene Bearbeitung einer Sache die Werkleistung genau konkretisiert worden ist, d. h. also ob Gegenstand des Vertrages mit Beginn der Arbeit dieses eine einzige begonnene Werk ist. Ist es das nämlich nicht, so trägt der Unternehmer zwar auch

---

[163]) Rümelin S. 76.

[164]) Das ergibt dann eine Zusammengehörigkeit von Gefahr der Zeit mit Gefahr der Arbeitskraft. Siehe dazu: Rümelin S. 76.

eine Gefahr, da er für seine aufgewendete Arbeit und den Stoff nichts erhält. Bleibt er aber zur Herstellung eines Werks von der Art des geschuldeten verpflichtet, so liegt keine eigentliche „Gefahrtragung" im Sinne des BGB mehr vor. Denn er wird durch den Untergang dieses von ihm für die Leistung ins Auge genommenen Arbeitssubstrats noch nicht befreit. Dem Besteller ist es gleichgültig, ob der Unternehmer noch einmal mit der Arbeit anfängt, wenn durch den Neuanfang nicht eine derartige Verzögerung eintritt, daß dem Besteller nicht mehr zugemutet werden kann, seinerseits abzunehmen. Deshalb wird in einem solchen Falle mit dem Untergang des Teilresultats eine Auflösung des Vertrages und Befreiung des Schuldners erfolgen. Das BGB gibt hierauf jedenfalls keine Antwort [165]). Die Frage der Neuherstellung ist kein eigentliches Problem der Gefahrtragung mehr. In den Fällen, in denen das Werk nicht konkretisiert ist, handelt es sich um eine Gefahrtragung ähnlich der bei Gattungsschulden vor „Gefahrübergang", d. h. vor Schuldbeschränkung. Sie ist insoweit verschäft, als der Arbeitnehmer hier nicht nur wertmäßig um den von ihm zu beschaffenden Stoff ärmer wird, sondern auch noch eine gewisse Zeitlang Arbeitskraft vergeblich aufgewendet hat. Insofern liegt natürlich auch eine Erfolgsgefahrtragung vor.

2. Die Gefahr kann sich dadurch verwirklichen, daß das vollendete Werk vernichtet oder aus einem sonstigen Grunde vom Besteller nicht geliefert werden kann.

Diese „Gefahr des vollendeten Werkes" kann nur bei abnahmefähigen Werken eine Rolle spielen. Durch den § 644 ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit der Abnahme festgelegt. Diese Gefahren fallen bei allen Werkverträgen weg, in denn nach § 646 anstelle der Abnahme die Vollendung als Zeitpunkt des Gefahrübergangs tritt.

Den Unternehmer treffen also auch alle Zufälle, die das vollendete Werk vor der Abnahme zerstören oder auf andere Weise seine Lieferung verhindern. Er verliert also den Anspruch auf die Vergütung, wenn das fertige Resultat vor der Abnahme untergeht, er verliert einen Teil, wenn es nur teilweise verschlechtert ist. Ebenso braucht der Besteller die Vergütung nicht zu zahlen, wenn das Werk gestohlen wird oder z. B. seine Ablieferung durch ein polizeiliches Verbot nicht erfolgen kann.

Das BGB hat dadurch, daß es den Gefahrübergang mit der Abnahme eintreten ließ, den Streit im römischen und gemeinen Recht über den Gefahrübergangszeitpunkt beendigt. Aus den römischen Quellen versuchte man vor Inkrafttreten des BGB die verschiedensten Regeln über diesen Zeitpunkt zu finden. Ein Ergebnis ist nicht zustande gekommen, die ganzen Fragen waren zu sehr bestritten. Aus der Entstehung der Vorschrift geht hervor, daß der Gesetzgeber gerade diesem unfruchtbaren Streit ein Ende bereiten wollte [166]).

Es ergibt sich somit, daß dem Unternehmer beim Werkvertrag, soweit nicht Ausnahmen gelten, alle genannten Gefahren nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes in den §§ 644, 646 auferlegt sind. Eine Trennung dieser Gefahren ist nicht möglich, sie gehen alle auf in dem Oberbegriff „Gefahr". Die Gefahrtragung des Unternehmers ergibt sich als logische Folge aus dem Wesen des

---

[165]) Im allgemeinen wird angenommen, daß die Frage, ob der Unternehmer in solchen Fällen zur Neuherstellung verpflichtet ist, nur durch Anwendung allgemeiner Grundsätze und nach Treu und Glauben beantwortet werden kann. So Planck-Str. Vorbem. 3a zu § 645/44. Lehmann bei Ennecc. S. 506 will eine Neuherstellung dann bejahen, wenn eine solche ohne weitere Schwierigkeiten möglich ist. Komm. der Reichsger. Räte § 644, Ziff. 2 erkennt den Anspruch auf Wiederherstellung nur an wenn er aus besonderen vertraglichen Bestimmungen hergeleitet werden kann. Siehe auch Oertmann § 644, Anm. 1, Riezler S. 142, Rümelin S. 146.

[166]) Siehe Motive II, S. 498.

Werkvertrages in Verbindung mit dem § 323, ergänzt durch die Sonderbestimmung des § 644. Aus dem § 644 kann nicht herausgelesen werden, daß hier nur ein Teil der Gefahren gemeint ist. „Gefahr" heißt in ihm: „periculum obligationis", die Gefahr des Gesamtvertrages, nach unserer Auffassung „Erfolgsgefahr".

§ 11. Die Entlastung des Unternehmers von der Erfolgsgefahr nach Vollendung des Werkes:

1. Durch die §§ 644, Abs. 1, S. 2; Abs. 2 und 645.

Die außerordentlich harte Erfolgsgefahrtragung des Unternehmers ist im BGB vom Gesetz selbst in vielen Fällen abgemildert worden, so in dem § 644, Abs. 1, S. 2, bei Annahmeverzug nach Vollendung, in dem § 645, wo ein Teil der die Unternehmung treffenden Gefahren dem Besteller auferlegt ist, besonders im § 642, schließlich auch noch durch die Vorschriften der §§ 644, Abs. 2; 649. Die Bedeutung der genannten Vorschriften und ihre Abgrenzung gegenüber dem § 644, Abs. 1, S. 1, und untereinander ist außerordentlich streitig. Es erheben sich z. T. dieselben Fragen, die auch beim Dienstvertrag, besonders im § 615, eine Rolle spielen.

Es hat sich weiterhin gezeigt, daß in vielen Fällen die vom Gesetz selbst getroffene Milderung der Erfolgsgefahrtragung des Unternehmers nicht ausreicht, die großen Härten zu vermeiden, die durch die weite Hinausschiebung des Gefahrübergangszeitpunkts entstehen können. Es sind die mannigfachsten Versuche gemacht worden, die Erfolgsgefahr auch außerhalb der im BGB getroffenen Regelung dem Besteller aufzuerlegen. Wie diese Verteilung der Gefahr zu begründen ist, darüber herrschen die verschiedensten Ansichten. Es ist zu unterscheiden zwischen den Schriftstellern, die aus dem ganzen Aufbau der Gefahrtragung beim Werkvertrag ein Prinzip herausfinden wollen, aus dem eine Entlastung des Unternehmers in vielen Fällen hervorgehen soll[167]), und denjenigen, die die Abwälzung der Gefahr auf den Besteller durch Billigkeitserwägungen und allgemeine Rechtsgedanken, sowie durch Anwendung wirtschaftlicher Grundsätze zu begründen versuchen[168]). Diese letzte Methode hat gegenüber dem beim Werkvertrag ziemlich klar zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Auch das römische Recht muß zum Teil dazu herhalten, verschiedene Auffassungen über die Gefahrverteilung zu begründen[169])

Es ist nun oben unterschieden worden zwischen der Unmöglichkeit der Herstellung des Erfolgs und der Gefahr des vollendeten Werks. Die Bestimmungen des BGB, in denen der Unternehmer von der Erfolgsgefahr entlastet wird, hängen mit dieser Unterscheidung in gewisser Weise zusammen. Auch in der Literatur wird oft dieser Unterschied betont[170]). Das geschieht in erster Linie aus dem Grunde, weil bei einer Gefahrentlastung vor Vollendung es sich darum handelt, dem Unternehmer nur einen gewissen Teil der Vergütung oder eine angemessene Entschädigung, nicht aber die volle Vergütung zu sichern. Ist das Werk aber vollendet, nur nicht abgenommen, so erscheint es, falls man zu einer Bejahung der Erfolgsgefahrtragung des Bestellers gelangt, nur richtig, wenn die ganze Vergütung zu entrichten ist. Es kann deshalb auch für die Behandlung

---

[167]) So insbesondere Crome Syst. II, § 268, die part. Rechtsgesch. S. 318 ff. Kohler im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 13, S. 251 ff.

[168]) Siehe Rümelin's Gedanken über die Gründe der Gefahrverteilung, S. 96 ff.

[169]) So versucht Oertmann die Grundlage für seine „Sphärentheorie" zu finden, Grünhuts Zeitschr. Bd. 24, S. 32 ff., 48 ff.

[170]) So Stern S. 110 ff.; Oertmann in Grünhuts Zeitschr. 24, S. 24 ff.; Riezler S. 141 ff.

der Gefahrtragung beim Werkvertrag die oben getroffene Unterscheidung von Vorteil sein.

Auszugehen ist von der Gefahrtragung nach Vollendung des Werkes. Alle Werkverträge, in denen eine Abnahme infolge der Beschaffenheit des Werks nicht möglich ist, kommen hier nicht in Betracht. Zunächst sollen die Entlastungsvorschriften des BGB erörtert werden.

1. Im § 644, Abs. 1, S. 2, ist bestimmt, daß bei Annahmeverzug des Bestellers die Gefahr übergeht. Diese Bestimmung entspricht den Grundsätzen über die Gefahrverteilung bei gegenseitigen Verträgen, also dem § 324, Abs. 2. Wird nach Annahmeverzug die Leistung unmöglich, so behält der Unternehmer den Anspruch auf die Gegenleistung. Es ist gleichgültig, ob diese Unmöglichkeit auf rechtlichen oder tatsächlichen Gründen beruht, ob das Werk vernichtet oder gestohlen wird oder ob aus anderen Gründen die Lieferung nicht erfolgen kann. Daneben treten die Folgen des Annahmeverzugs der §§ 293 ff. ein, so daß „Zufall" auch leichte Fahrlässigkeit des Unternehmers bedeutet (§ 300 Abs. 1).

Der Besteller kommt in Verzug, wenn er das ihm ordnungsgemäß angebotene und richtig vollendete Werk nicht annimmt. Der Annahmeverzug des § 644, Abs. 1, S. 2, kann nur vorliegen, wenn das Werk vertragsmäßig vollendet ist. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kommt nur § 642 zur Anwendung. Bei sämtlichen Werkverträgen, die die Herstellung eines nicht abnahmefähigen Werks zum Gegenstand haben, ist für die Anwendung des § 644, Abs. 1, S. 2, kein Raum. Der Besteller kommt bei Verschulden gleichzeitig in Schuldnerverzug, da die Abnahme, die sich mit der Annahme im Sinne des § 644, Abs. 1, S. 2, deckt [171]), nach § 640 eine Pflicht des Bestellers ist.

Von Bedeutung für die Gefahrtragung sind die Fälle, in denen nicht angenommen wird, weil der Besteller aus Zufall an der Abnahme verhindert ist. Dann kann niemals Leistungsverzug, sondern nur Gläubigerverzug vorliegen. Es ist gleichgültig, ob der Besteller nicht zu Hause ist, wenn der Schneider mit dem fertigen Anzug kommt, ob er sich auf einer Reise befindet, oder ob er krank ist. In sämtlichen Fällen liegt Annahmeverzug vor. Daß auch durch den Tod keine Auflösung des Vertrages erfolgt, wird unten zu erörtern sein. Genau das gleiche gilt, wenn das Werk von einem Dritten anzunehmen war und dieser verhindert ist. Der Unternehmer erhält hier die volle Vergütung. Daß er sich Ersparnisse anrechnen lassen muß, ist im § 644 nicht ausdrücklich bestimmt, aber es ist zu bejahen, denn der § 644, Abs. 1, S. 2, entspricht dem § 324, Abs. 2. Nach Annahmeverzug des Bestellers läßt sich auch nicht mehr der § 645 anwenden, wenn das Werk aus den dort angeführten Gründen untergeht. Die außerhalb der Vergütung liegenden Aufwendungen muß er dann nach dem konkreten Vertrage erhalten, außerdem die Mehraufwendungen aus dem § 304.

2. Eine Gefahrentlastung des Unternehmers vor Abnahme findet weiterhin statt beim Versendungswerkvertrag nach dem § 644, Abs. 2. Diese Gefahrverteilung soll nach der ausdrücklichen Verweisung auf den § 447 der beim Kauf getroffenen Regelung entsprechen. Der Unternehmer erhält also seine volle Vergütung, wenn das Werk nach der Absendung untergeht, verschlechtert oder gestohlen wird, d. h. der Besteller trägt die sogenannte Transportgefahr. Auch für den § 644, Abs. 2, ist es belanglos, ob das Werk infolge eines Materialfehlers des vom Besteller gelieferten Stoffs oder einer Anweisung des Bestellers untergegangen ist. Die besonderen Gefahren des § 645 werden durch die Gesamtgefahr, die der Besteller zu tragen hat, konsumiert. Genau wie im § 447 ist die sogenannte „Rechtsgefahr" weiterhin beim Unternehmer. Wird die Leistung infolge eines rechtlichen Leistungshindernisses unmöglich, die Werksache auf dem Transport

---

[171]) Das BGB spricht von Annahme, wenn es den Besteller als Gläubiger sieht, von Abnahme, wenn es damit eine Schuldnertätigkeit des Bestellers meint. Siehe darüber Jacobi in Jher. Jahrb. Bd. 45, S. 283.

beschlagnahmt oder enteignet, so verliert der Unternehmer den Anspruch auf die Vergütung. Hier hat erst der Annahmeverzug des Bestellers oder die Abnahme zur Folge, daß die Rechtsgefahr auf den Besteller übergeht. Der Unterschied zwischen Rechts- und Sachgefahr wird aber nur dann von Bedeutung, wenn eine Rechtsverschaffung, also eine Übereignung des Werks stattfinden muß. so wenn z. B. der Stoff vom Unternehmer geliefert ist oder der vom Besteller gelieferte Stoff im Verhältnis zur Arbeit einen erheblich geringeren Wert hat, so daß nach § 950 der Unternehmer durch Verarbeitung Eigentümer geworden ist. Liefert der Besteller den Stoff, so wird er in den meisten Fällen auch Eigentümer des Werks sein; dann kann man von rechtlichen Leistungshindernissen nicht mehr sprechen, weil eine Rechtsverschaffung überhaupt nicht erfolgt.

3. Eine weitere Abwälzung der Erfolgsgefahr auf den Besteller findet durch den § 645 statt, der immer zur Anwendung kommt, gleichgültig ob das Werk vollendet ist oder nicht. War es vollendet, dann erhält der Unternehmer die volle Vergütung. Wann der § 645 anzuwenden ist, ist nicht ganz unbestritten. Da in gleicher Weise auch die „Gefahr der Unterbrechung" im § 645 eine Rolle spielt, soll auf seine Auslegung später eingegangen werden.

2. Die Entlastung des Unternehmers durch entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Gefahrtragung beim Kauf.

Die eben genannten Vorschriften sind im BGB die einzigen, in denen nach Vollendung des Werks dem Unternehmer die Gefahr in einigen Punkten genommen wird. Es sind Bestimmungen, die bis auf den § 645 auch in andern Rechtsgebieten zu finden sind und nichts für den Werkvertrag Eigentümliches enthalten. Diese vom Gesetz vorgenommene Entlastung des Unternehmers erscheint nicht genügend. Es muß deshalb versucht werden, eine weitere Gefahrverteilung zu finden. Allerdings muß betont werden, daß es sich hierbei immer nur um entsprechende Anwendung einiger Rechtssätze handelt, und daß diese Gefahrverteilung aus dem Werkvertragsrecht heraus nicht ohne weiteres gefunden werden kann.

Wir haben oben die Ansicht vertreten, daß die Abnahme nicht bei allen körperlichen Werken die gleiche Bedeutung hat, daß sie ein körperliches Substrat voraussetzt und daß zum Begriff der Abnahme dann das Element „körperliche Hinnahme" gehört, wenn eine Besitzübertragung erfolgen muß.

Für die Gefahrverteilung ergeben sich hier einige Schwierigkeiten, die auch wieder mit den Besitzverhältnissen im Zusammenhang stehen. Es sind zwei Fälle denkbar:

1. Bei Werken im Besitz des Unternehmers erfolgt die Billigung vor Übergabe des Werks.
2. Die Besitzübertragung erfolgt ohne Billigung.

Bei ganz strenger Auslegung des § 644 würde man zu dem unbilligen Ergebnis kommen, daß in beiden Fällen der Unternehmer die Gefahr zu tragen hätte, da eine „Abnahme" nicht erfolgt ist, obwohl das eine Mal Billigung, das andere Mal Überlassung des Besitzes vorliegt. Keine Schwierigkeiten bieten die Fälle, in denen Annahmeverzug vorliegt, der vom Verschulden ja unabhängig ist. Das braucht aber nicht immer der Fall zu sein, ist es besonders dann nicht, wenn das Werk sich von Anfang an im Besitz des Bestellers befindet oder während der Arbeiten halb vollendet zu ihm geschafft ist und der Unternehmer es noch nicht angeboten hat. Dann käme der Besteller nicht in Annahmeverzug. Es würde wohl auch nicht Annahmeverzug anzunehmen sein, wenn der Besteller billigt, aber z. B. mit dem Schneider ausmacht, der fertige Anzug solle ihm am nächsten Tage gebracht werden.

Um die Frage nach der Gefahrtragung in diesen Fällen beantworten zu können, muß festgestellt werden, aus welchen Gründen eigentlich die Gefahrverteilung des § 644 getroffen ist. Daß der Unternehmer die Gefahr bis zur Vollendung trägt, ergibt sich aus dem Wesen des Werkvertrages in Verbindung mit § 323; daß er sie nach Vollendung zu tragen hat, ist nicht selbstverständlich, kann aber auch aus Gefahrtragungsgrundsätzen entnommen werden. Es war ganz am Anfang als einer der Grundsätze der Gefahrtragung hingestellt worden, daß bei Sachleistungsverträgen, besonders beim Kauf, das tatsächliche Besitzverhältnis eine bedeutende Rolle spielt. So ergibt sich auch hier beim Werkvertrag die Gefahrentlastung des Unternehmers mit der Abnahme daraus, daß er gewöhnlich in diesem Augenblick den Besitz an der Werksache verliert. Der Hauptgrund für die Gefahrbelastung ist, daß der Unternehmer, der die Arbeit nach Zeit, Ort und Umfang bestimmen kann [172], der Einwirkungsmöglichkeiten in hohem Maße besitzt, der als einziger den Gefahren entgegentreten kann, im Besitze des Werkes ist [173]. Das BGB hat deshalb im § 644 den Normalfall im Auge, der ja auch im Leben am meisten anzutreffen ist, daß Billigung und Übergabe eng zusammen fallen und meistens nicht zu trennen sind [174].

Es lassen sich nun aber auch Gründe anführen, aus denen die Gefahrentlastung durch die bloße Billigung gerechtfertigt erscheint. Hat der Besteller das Werk als vertragsmäßig anerkannt, so hat er damit zu erkennen gegeben, daß der Unternehmer das seinerseits Erforderliche getan hat. Damit hat er gleichzeitig den Unternehmer zu einem Teil von seinen Einwirkungsmöglichkeiten auf das Werk ausgeschaltet, gleichgültig, in wessen Besitz das Werk bleibt. Die zweite Kommission war deshalb der Ansicht, daß allein die Billigung den Gefahrübergang rechtfertige. Es wurde ausgeführt, daß der Gefahrübergang deshalb an die Abnahme geknüpft sei, weil dem Besteller nicht zugemutet werden könne, die Gefahr eher zu übernehmen, als er imstande sei, die Vertragsmäßigkeit des Werks zu prüfen. Der frühere Gefahrübergang würde den Besteller in die mißliche Lage bringen, daß er dem Beweis des Unternehmers für die Vertragsmäßigkeit ohne die Möglichkeit des Gegenbeweises gegenüberstünde [175].

Somit erscheint es zweifelhaft, wie es mit dem Gefahrübergang steht, einerseits, wenn gebilligt, aber noch nicht übergeben, und umgekehrt, wenn das Werk sich zwar im Besitz des Bestellers befindet, die Billigung aber noch aussteht. In allen diesen Fällen erscheint es richtig, den Gefahrübergang zu bejahen, insbesondere den Gefahrübergang an die Übergabe zu knüpfen, wenn diese der Billigung vorausgeht. Das würde zu einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze des Kaufrechts führen. Die Verweisung auf den Kaufvertrag bei der Regelung der Gefahrtragung bei Versendungswerkvertrag im § 644, Abs. 2, spricht dafür, daß

---

[172] Siehe Hoeniger in Arb. Recht 1925 S. XXXI, XXXII: „Wer die Arbeit näher bestimmt, trägt auch die Verantwortung für die Arbeit. An die Selbstbestimmung der Arbeit knüpft auch die Gefahr der Arbeit an. Das kommt im § 645 schlagend zum Ausdruck."

[173] Siehe Rümelin S. 130 ff. Hier taucht der Gedanke an die „Gefahrensphären" auf. Siehe darüber unten S. 57, 58.

[174] So auch Rümelin S. 230, der meint, daß aus dem Gedanken heraus, daß Vergütung und Abnahme Zug um Zug erfolgen sollen, die beiden Elemente Übergabe und Billigung nicht zu trennen seien.

[175] Mugdan, Materialien Bd. II, S. 932.

Stern S. 124, ist der Auffassung, daß allein die Billigung bei materiellen Werken den Gefahrübergang rechtfertige. Rümelin S. 229, 230 hält den Gefahrübergang mit der Billigung für gerechtfertigt, weil es nach Untergang oft unmöglich sei, eine vertragsmäßige Herstellung des Werkes festzustellen. Außerdem werde bei den Werken, bei denen eine Übrgabe nicht stattfindet, die Zeit des Gefahrübergangs genau fixiert.

auch für den Gefahrübergang im § 644, Abs. 1, S. 1, die Heranziehung der Kaufgrundsätze teilweise möglich erscheint. Es muß außerdem berücksichtigt werden, daß der Besteller in den meisten Fällen Eigentümer des Stoffs und des Werks ist; ist er dazu sogar noch im Besitz der Werksache, so sprechen zwingende Gründe dafür, hier nicht mehr den Gefahrübergang von einer mündlichen Anerkennung abhängig zu machen. Das hat nur einen Sinn, wenn die Übergabe nachfolgt. Hier liegt in der Anerkennungserklärung zugleich auch, daß von nun an das Werk nicht mehr auf Gefahr des Unternehmers gehen soll, der seine Arbeit vorschriftsmäßig geleistet und damit die ihm obliegende Leistung voll erbracht hat. Läßt in einem solchen Fall der Besteller das Werk beim Unternehmer, so übernimmt er damit die Gefahr genau so, als ob er in Verzug der Annahme kommen würde.

Es läßt sich also folgendes sagen:

Befand sich das Werk im Besitz des Unternehmers, so geht die Gefahr immer dann auf den Besteller über, wenn auch nur eins der beiden in diesem Falle in der „Abnahme" nach § 640 enthaltenen Elemente, Billigung + körperliche Hinnahme, gegeben ist. Im Normalfall sind sie nicht zu trennen, deshalb ist der Gefahrübergang an die Abnahme geknüpft. Werden sie in einem Ausnahmefall einmal getrennt, so wirkt sich ihre Zusammengehörigkeit noch in der Weise aus, daß schon an eins von ihnen der Gefahrübergang geknüpft ist. Es würde genau so sein, wenn der Besteller durch Vornahme nur einer Handlung in Annahmeverzug kommen würde; es kann nicht anders sein, wenn ausnahmsweise ein Verzug nicht vorliegt. Letzteres würde z. B. der Fall sein, wenn Besteller und Unternehmer vereinbaren, das Werk zu einem Dritten zu schaffen, dem der Besteller es z. B. als Geschenk zugedacht hat. Soll hier nicht die Gefahr übergehen, wenn der Besteller billigt, die körperliche Hinnahme, die hier durch den Dritten anstelle des Bestellers erfolgt, aber noch fehlt? Die Vergütung kann hier nicht verweigert werden, wenn das Werk beim Hinschaffen zum Dritten beschädigt oder vernichtet wird.

Wie steht es nun aber mit dem Gefahrübergang, wenn das Werk sich schon vor Vollendung im Besitz des Bestellers befindet? Nach unserer Ansicht stellt sich solchen Fällen die Abnahme nur als Billigung dar. Es läßt sich daher nicht sagen, der Gefahrübergang rechtfertige sich damit, daß e i n Abnahmeelement gegeben sei. „Körperliche Hinnahme" ist hier gar nicht Bestandteil der Abnahme. Aus diesem Grunde findet der Gefahrübergang erst dann statt, wenn die Anerkennung der Leistung durch den Besteller erfolgt ist. Damit ist gleichzeitig ein fester Zeitpunkt für den Gefahrübergang gegeben. Wollte man hier die Gefahr schon vor Billigung übergehen lassen, so könnte als Gefahrübergangszeitpunkt nur die Vollendung in Frage kommen. Einer solchen Annahme steht aber § 644 zu sehr entgegen.

Es ergeben sich aber bei dieser Anwendung der Gefahrtragungsgrundsätze des Kaufrechts dann Schwierigkeiten, wenn das Werk sich nach Vollendung im Besitz eines Dritten befindet und die Abnahme noch nicht erfolgt ist. Dann muß gefragt werden, aus welchem Grunde das Werk sich dort befindet. Hat z. B. der Besteller die ausdrückliche Anweisung gegeben, das Werk dorthin zu schaffen oder dort herzustellen, so ergibt sich daraus auch, daß er die Gefahr tragen muß. Das läßt sich vielleicht schon aus dem § 645, Fall 2, entnehmen [176]). In vielen Fällen wird auch hier die Gefahr übergehen, weil Annahmeverzug vorliegt. Hat aber der Unternehmer das Werk aus freien Stücken in den Besitz des Dritten gebracht oder fremde Räume zur Herstellung benutzt, so ist es richtig, ihn die Gefahr tragen zu lassen. Schwierig wird eine Unterscheidung nur, darauf weist C r o m e hin, wenn das Werk nur an einem einzigen bestimmten Ort herstellbar ist, wie z. B. bei Arbeiten an einem bestimmten Gebäude. Hier kann nicht mehr

[176]) So C r o m e: Die part. Rechtsgesch. S. 321.

der Unterschied beider Gefahrensphären betont werden, denn die Gefahrenkreise fallen hier notwendig zusammen[177]). In einem solchen Fall lassen sich für eine Gefahrentlastung des Unternehmers keine Gründe finden, er hat dann die Gefahr zu tragen nach der Regel des § 644, Abs. 1, S. 1, bis zur Abnahme.

Trägt der Besteller die Erfolgsgefahr nach der Vollendung des Werkes, so hat er grundsätzlich die volle Vergütung zu zahlen, denn der Arbeiter hat hier das Werk, für das die Vergütung zugesagt war, ordnungsgemäß hergestellt. Eine Anrechnungsbefugnis ist nur zu bejahen im Falle des § 644, Abs. 1, S. 2, unter entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 324, Abs. 2.

§ 12. Die Entlastung des Unternehmers vor Vollendung des Werks.

1. Allgemeines.

Eine erheblich größere Bedeutung hat die Frage, ob der Unternehmer auch schon vor Vollendung des Werks von der Tragung der Erfolgsgefahr entlastet werden kann. Auch hier enthält das BGB einige Bestimmungen, die sich mit der „Gefahr der Unterbrechung" beschäftigen und diese Gefahr, die nach der Bestimmung des § 644, Abs. 1, S. 1, der Unternehmer zu tragen hat, in bestimmten Fällen auf den Besteller abwälzen. Wird die Herstellung des Werks unterbrochen, so handelt es sich meistens um die Frage, ob der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung erhält. Abgesehen soll von den Fällen werden, in denen der Unternehmer nach dem § 323, Abs. 1, S. 2, einen Teil erhält, weil ein wertvoller Teilerfolg bestehen bleibt.

Wenn der Besteller Arbeitslohn zahlen muß, obwohl ihm die Arbeit eine Zeitlang nichts einbringt und der Erfolg nicht erreicht oder verzögert wird, so liegt darin die Tragung der Erfolgsgefahr, auch wenn eine Unmöglichkeit der Herstellung nicht vorzuliegen braucht. Eine Erfolgsgefahrtragung liegt auch dann vor, wenn der Besteller eine Entschädigung zahlen oder Aufwendungen des Arbeitnehmers ersetzen muß, die sich als Sonderbelastung darstellen und die von der vertragsmäßigen Gegenleistung völlig unabhängig sein können. Von Gefahrtragung im technischen Sinne sprechen wir ja nur, wenn die Frage nach dem Verbleib der Gegenleistung, so wie sie nach dem Vertrage zu bewirken ist, auftaucht. „Erfolgsgefahrtragung", das haben wir gesehen, geht weiter.

Mit der Gefahrtragung vor Vollendung des Werkes beschäftigen sich die meisten Schriftsteller am eingehendsten. Hier tauchen insbesondere die Gedanken an verschiedene „Sphären" auf, die für den Werkvertrag des BGB zum ersten Mal von Strohal entwickelt worden sind[178]). Die einzelnen Vertreter der

---

[177]) Crome, daselbst S. 321: „Der Werkmeister habe hier notwendig seine eigene Sphäre in die des Bestellers hineingetragen."

[178]) In Jher. Jahrb. 33, S. 385 ff. Strohal kommt zu dem Ergebnis, daß es zu brutaler Ungerechtigkeit führen würde, wenn der Unternehmer auch die Gefahren tragen sollte, die sich beim Besteller ereignet haben. Zur Begründung verweist Str. auf Windscheid, Unterholzner und andere gemeinrechtliche Schriftsteller und streitige Stellen in den Digesten. — Siehe dann besonders Oertmann in Grünhuts Zeitschr. 24, S. 1 ff., 32 ff. Es komme darauf an, in wessen Bereich, „Sphäre", der Zufall eintritt oder seinen Grund hat. Traf er allein oder primär die Leistung des Werkmeisters, so hat dieser nichts zu fordern. Macht er nur die Annahme unmöglich, so muß die Vergütung gezahlt werden. Oe. will aber im einzelnen die verschiedenen Gefahrensphären nicht unterscheiden. Dies müsse „der richterliche Takt" bestimmen (S. 50). Er bringt selbst nur Beispiele, Tod, Krankheit des Bestellers oder Unternehmers; dann erkennt er eine dritte neutrale Sphäre an, in die vis maior zu rechnen sei. Für die sich hier ereignenden Zufälle müßte auch der Besteller aufkommen (S. 51). Jedenfalls stellt Oe. richtig nicht nur auf die räumliche Qualität des Unfalls ab.

„Sphärentheorie" verstehen unter „Sphäre" oft nicht dasselbe. „Sphäre" ist ein außerordentlich dehnbarer Begriff, der immer mit Vorsicht zu verwenden ist. Es scheint auch nicht klar zu sein, ob nun der Zufall in einer gewissen Sphäre wirken soll oder ob die zufälligen Ereignisse aus einer bestimmten Sphäre stammen sollen. Beides wird oft miteinander verwechselt, so daß seltsame Ergebnisse herauskommen, beispielsweise dann, wenn auf das rein Räumliche abgestellt wird. Nach Strohal[179]) soll der Unternehmer dann Lohn erhalten, wenn das halbvollendete Bild in der Wohnung des Bestellers untergegangen ist; dagegen soll er nichts erhalten, wenn der Zufall sich in seinen eigenen Räumen ereignet hat[179]). Es gibt deshalb viele Gegner der Sphärentheorie, die eine Unterscheidung in Gefahrensphären für völlig überflüssig und unrichtig halten[180]).

Die Möglichkeit einer Unterscheidung von Gefahrenkreisen erkennt das BGB nach dem ganzen Aufbau der Gefahrtragungslehre an. Es sind zu Anfang einige Grundsätze für die Gefahrverteilung bei gegenseitigen Verträgen gefunden worden, aus denen deutlich eine Trennung in gewisse Gefahrenkreise erkennbar ist. Es ist auch natürlich und entspricht dem Rechtsempfinden, daß derjenige in erster Linie für Zufälle einzustehen hat, in dessen Umgebung oder Betriebskreis diese Zufälle eintreten. Dieser Gedanke tritt ja in dem Satz „casum sentit dominus" deutlich hervor. Nur ist es sehr schwer, die Gefahrenkreise abzugrenzen, also im einzelnen genau zu bestimmen, in welcher Sphäre der Zufall sich ereignet und Schaden angerichtet hat, besonders dann, wenn es sich um Einwirkungen auf ein bestehendes Schuldverhältnis handelt. Es gibt nur einige Anhaltspunkte und verschiedene Fälle, in denen deutlich zu sehen ist, in welcher Sphäre sich die Gefahr verwirklicht hat. So z. B. erkennt man Gefahrenkreise, wenn der Zufall auf die beteiligten Personen einwirkt, wenn er Sachen trifft, die im Besitz des Schuldners oder Gläubigers stehen. In vielen Fällen läßt sich feststellen, ob der Zufall die Annahme unmöglich gemacht hat, oder ob er lediglich die Leistungsfähigkeit des Schuldners beeinträchtigt. Im einzelnen aber kann man nicht genau sagen, was nun zu der Gefahrensphäre der betroffenen Personen gehört. Alle Zufälle, die nicht in Gefahrenkreise fallen, muß man dann wohl wie Oertmann[181]) unter eine „neutrale" Sphäre einordnen.

In den Bestimmungen des Werkvertrages wird bei der Gefahrtragungsregelung vor Vollendung des Werks auch von dem Gedanken ausgegangen, daß Besteller und Unternehmer für die Zufälle einstehen sollen, die sich in gewissen speziellen Gefahrenkreisen ereignen. Im einzelnen ergeben sich aber doch viele Streitfragen.

2. Die Entlastung des Unternehmers durch den § 642.

Vor Vollendung des Werkes findet eine Entlastung des Unternehmers bei Annahmeverzug des Bestellers statt, § 642. Beim Werkvertrag ist die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers oft erforderlich, damit der Erfolg erreicht werden kann. In Verzug kommt der Gläubiger, wenn er diese Mitwirkungshandlungen unterläßt. Für den Annahmeverzug des § 644, Abs. 1, S. 2, ist vor Vollendung des Werks kein Raum. In den Annahmeverzug des § 642 kommt der Besteller, wenn er z. B. nicht zur Anprobe zum Schneider geht, wenn er Material, Werkzeuge

---

[179]) a. a. O., S. 386.

[180]) Z. B. Kisch, S. 47, Rümelin, S. 132 (sehr vorsichtig). Insbesondere Crome, Die part. Rechtsgesch. S. 318, der die Unterscheidung in Sphären auf Grund der rein räumlichen Verhältnisse ad absurdum führt: Wenn jemand auf einer Wiese malt, und es kommt ein Ochse daher und zerstört die Leinwand, so lasse sich beim besten Willen nicht feststellen, in wessen Sphäre sich das Ereignis abgespielt hätte. Scharf gegen Strohal auch Kohler, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 13, S. 260.

[181]) Siehe Anm. S. 57.

nicht zur Verfügung stellt, wenn er Anweisungen verweigert, wenn er den Raum, in dem gearbeitet werden soll, dem Unternehmer nicht überläßt. Es gibt ungezählte Arten von Mitwirkungshandlungen, deren Unterlassung Annahmeverzug zur Folge hat, auch wenn sie ohne Verschulden nicht erbracht werden können.

Der Besteller muß eine angemessene Entschädigung für den infolge des Verzugs eingetretenen Arbeitsausfall zahlen. Diese Entschädigung des § 642 stellt nicht einen Teil der Gegenleistung dar, sondern läuft gegebenenfalls neben der Vergütung her. Holt nämlich der Besteller die Mitwirkungshandlung nach, so kann die Vergütung neben der im § 642 festgesetzten Entschädigung verlangt werden [182]). Ausgeschlossen durch den § 642 genau so wie durch den § 615 wird der § 324, Abs. 2.[183]) Gehe ich zur Anprobe nicht zum Schneider, komme ich also nach § 642 in Annahmeverzug, und wird während dieses Annahmeverzugs der angefangene Rock vernichtet, so kann der Schneider nicht etwa nach § 324, Abs. 2, die Gegenleistung verlangen. Der § 324, Abs. 2, paßt seiner Art und seinem Wesen nach überhaupt nicht für den Annahmeverzug durch Unterlassung der bei Herstellung eines Werks vorzunehmenden Mitwirkungshandlungen. Die Gefahrtragung des § 324, Abs. 2, beruht auf dem Gedanken, daß der Schuldner von der Gefahr entlastet werden muß, weil die Erfüllung lediglich vom Gläubiger abhängt, und weil der Schuldner die Gefahr nicht mehr zu tragen hätte, wenn der Gläubiger nicht in Annahmeverzug gekommen wäre. Würde man § 324, Abs. 2, auf § 642 anwenden, dann würde man den Schuldner entlasten zu einer Zeit, zu der er auch bei Vornahme der Mitwirkungshandlungen noch die Gefahr zu tragen hätte, weil eine Herstellung überhaupt noch nicht erfolgt ist. Der § 642 schließt eine Gefahrtragung und einen Gefahrübergang im Sinne des § 324, Abs. 2, deshalb aus, umsomehr als der Unternehmer das Recht der Kündigung hat, so daß er sich nach einer bestimmten Zeit von sämtlichen Gefahren freimachen kann [184]).

Der § 642 kommt nicht nur zur Anwendung, wenn mit der Arbeit schon begonnen ist, sondern auch dann, wenn der Unternehmer die Herstellung des Werks beginnen will. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Besteller dem Maler die Sitzungen verweigert, während das Bild schon halb vollendet ist, oder ob er schon zur ersten Sitzung nicht kommt. In Annahmeverzug kommt der Besteller, der das Material, die Gerätschaften nicht liefert, die Pläne für den Bau nicht zur Verfügung stellt, wenn der Unternehmer vor Beginn der Arbeiten zu ihm hingeht und ihn zur Vornahme der Mitwirkungshandlungen auffordert. Auch in diesen Fällen erhält der Unternehmer eine angemessene Entschädigung. Fordert er den Besteller vergeblich zur Beschaffung des Stoffs usw. auf, dann kann er nach § 643 kündigen und so den Vertrag lösen. Hier greift dann der § 645, Abs. 1, S. 3, ein. Der Unternehmer kann somit mindestens Ersatz der Aufwendungen verlangen. Das muß ihm auch dann zugebilligt werden, wenn die Aufwendungen nicht in der Vergütung einbegriffen sind. Die Entschädigung des § 642 wird hier in den meisten Fällen in dem Ersatz von Aufwendungen bestehen. Muß der Unternehmer sich zur Herstellung des Werks an einen bestimmten Ort begeben und entstehen ihm Reisekosten, so kann er sie nach den §§ 645, 642 ersetzt verlangen, außerdem noch die Mehraufwendungen nach § 304. Es ist also völlig gleichgültig, ob die Mitwirkungshandlungen vor Beginn, in der Mitte oder am Ende der Arbeit fehlen, immer ist der § 642 anwendbar. Er hat eine gewisse Aehnlichkeit mit dem § 615, geht insoweit aber weiter, als die Entschädigung auch noch neben der Vergütung zu entrichten ist, wenn der Annahmeverzug dadurch beendet wird, daß der Besteller die Mitwirkungshandlungen wieder vornimmt und der Arbeitserfolg so erreicht werden kann. Seine Bedeutung ist aber doch erheblich geringer als

---

[182]) So Oertmann Komm. S. 989, 991. Planck-Str. § 642, Anm. 2c. RG 100/46, in Recht 1920, Nr. 60, OLG 36/81.

[183]) Anderer Ansicht Oertmann Komm. § 642, S. 591.

[184]) Siehe auch Stern S. 125, Planck-Str. § 644, Anm. 2b.

die des § 615. Das liegt daran, daß der Werkvertrag arbeitsrechtlich eine ganz andere Bedeutung als der Dienstvertrag hat. Vertragsziel ist die Erreichung des Erfolgs, so daß nach Vornahme der Mitwirkungshandlungen der Unternehmer weiter arbeiten kann.

Für die Behandlung der Gefahrtragung bei Annahmeverzug vor Vollendung des Werks ergeben sich z. T. dieselben Schwierigkeiten, die auch bei der Auslegung des § 615 hervortreten. Genau wie dort ist es sehr zweifelhaft, wie die Entscheidung bei Wegfall des Arbeitssubstrats lautet, denn die Stellung des Substrats gehört auch hier oft zur mitwirkenden Tätigkeit des Bestellers, wenn auch nicht in demselben Maße wie beim Dienstvertrag. Vor allen Dingen wird beim Werkvertrag die mitwirkende Tätigkeit in vielen Fällen mit einer einmaligen Stellung des Substrats, des Stoffs, des Materials, abgeschlossen sein. Danach natürlich ist für eine Gefahrtragung des Bestellers kein Raum mehr. Sie wird sich also darauf beschränken, daß der Besteller in jedem Falle für Lieferung und Stellung des Stoffs einzustehen hat, auch wenn diese Stellung überhaupt nicht mehr möglich sein sollte. In solchen Fällen wird § 642 anzuwenden sein, denn es kann keinen Unterschied machen, ob der Anzugstoff gestohlen oder vernichtet ist, bevor ich ihn dem Schneider zur Verfügung gestellt habe. Hier hat der Besteller die Gefahr zu tragen, was darin zum Ausdruck kommt, daß er dem Unternehmer die Aufwendungen ersetzen muß. Eine volle Vergütung kann der Unternehmer in solchen Fällen bestimmt nicht verlangen, auch dann nicht, wenn der Gläubiger Ersparnisse usw. anrechnen kann. Eine genaue Regelung wird sich hier nicht finden lassen, denn auch hier ist man mit der Anwendung genauer Konstruktionen auf dem toten Punkt angelangt.

Was geschieht also, wenn durch Unmöglichkeit der Vornahme von Mitwirkungshandlungen der Erfolg der Arbeit nicht erreicht werden kann? Erhält der Schneider eine Entschädigung oder einen Teil der Vergütung, wenn der Besteller den Stoff nicht liefert, weil er gestohlen oder verbrannt ist, der Maler seine Vergütung, wenn der Besteller während der Arbeit stirbt, der Arzt sein Honorar, wenn der Patient beim Eintreffen wieder gesund oder gestorben ist, der Arbeiter den versprochenen Lohn, wenn das Schiff schon flott ist, zu dessen Freimachung er herbeigeholt war? In diesen Fällen widerspricht es dem natürlichen Empfinden, wenn der Unternehmer völlig leer ausgeht. Deshalb wird ihm allgemein hier ein Teilanspruch oder eine Entschädigung zugebilligt, weil das schädigende Ereignis sich in der Sphäre des Gläubigers ereignet habe [185]). Die Erfolgsgefahr soll hier genau wie im § 615 auf den Arbeitgeber abgewälzt werden. Es wäre möglich, in einigen Fällen auch die für den § 615 getroffene Regelung Platz greifen zu lassen, dem Unternehmer also einen Teil des Entgelts zu verweigern, wenn der Annahmeverzug auf höherer Gewalt beruht. Die Verhältnisse beim Werkvertrag liegen aber anders, so daß diese grundsätzliche Regelung nicht gerechtfertigt erscheint [186]). Der Arbeitnehmer des Werkvertrages muß für den Erfolg einstehen, er kann die Arbeit bestimmen, deshalb übernimmt er die Gefahr. Wohl hat der Besteller oft Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, aber niemals in einem derartig starken Maße wie der Arbeitgeber des Dienstvertrages [187]). Die mitwirkende Tätigkeit des Bestellers erfolgt in bestimmten Grenzen, ihr zeitweiliges Fehlen verhindert zwar für eine Zeitlang das Arbeiten, da aber der Erfolg der Arbeit Vertragsziel ist, kann

---

[185]) Crome System II, § 268. Rümelin S. 132 ff., Kohler Lehrb. II, 1, S. 373; Arch. f. Bürg. Recht 13, S. 254 ff.

[186]) Siehe darüber 4. Kap. S. 72 ff.

[187]) Dazu Hoeniger in J.W. 1922, S. 1703: „Damit beim Dienstvertrag, besonders beim gewerbl. Arbeitsvertrag die Arbeit tatsächlich verrichtet werden kann, greift hier ausnahmslos eine entscheidend wichtige Tätigkeit des Arbeitgebers ein, die weit über den Rahmen des § 295 hinausgeht. Dort und im § 642 handelt es sich um Einzelfälle."

er sehr oft hinterher noch erreicht werden. Beim Dienstvertrag dagegen haben wir gesehen, daß ein Fehlen der Mitwirkung streng genommen immer eine zeitweilige Unmöglichkeit der Dienstleistung zur Folge hat. Daß der Erfolg durch Nacharbeit noch erreicht werden kann, ist eine andere Frage. Beim Werkvertrag ist die Lage bei Unterlassung von Mitwirkungshandlungen eine ganz andere. Der Arbeitnehmer bleibt weiterhin verpflichtet, den Erfolg zu erreichen, er muß sozusagen nacharbeiten. Das Einstehenmüssen des Arbeitgebers für Zufall und die ganz allgemeine Tragung der Erfolgsgefahr belastet den Arbeitgeber des Dienstvertrages weit stärker, und nur dadurch erscheint es gerechtfertigt, die Gefahrtragung des Arbeitgebers bei höherer Gewalt auszuschließen. Außerdem trägt der Arbeitgeber beim Dienstvertrag einen Teil der Gefahren, die in die Gefahrensphäre des Arbeiters fallen würden, so daß schon aus diesem Grunde ein Ausgleich erfolgen kann. Hat aber beim Werkvertrag der Besteller einmal mitzuwirken, so ist dies verhältnismäßig gesehen doch oft nur von untergeordneter Bedeutung. Das Fehlen der Mitwirkungshandlungen hat seine größte Bedeutung dort, wo bei materiellen Werken der Stoff für das Werk zu liefern ist. Diese Lieferung des Arbeitssubstrats ist dann allerdings Voraussetzung für die Erreichung des Erfolgs. Bei allen immateriellen Werken ist die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers von geringerer Bedeutung.

Aus diesen Gründen entspricht beim Werkvertrag ein unbedingtes Einstehen des Bestellers für die „Annahmebereitschaft“ [188]) der Stellung der Parteien. Wirkt der Besteller einmal mit, so treffen ihn auch die Folgen, wenn diese Mitwirkung unterbleibt. Er trägt auch beim Werkvertrag die Gefahr der Unmöglichkeit seiner Mitwirkungshandlungen. Er hat sie härter zu tragen als der Arbeitgeber des Dienstvertrages. Das ergibt sich aus dem Wesen der beiden Verträge, in erster Linie daraus, daß der Unternehmer des Werkvertrages für alle übrigen erfolgsverhindernden Zufälle einstehen muß.

Die Gefahr der Unmöglichkeit der Gläubigerhandlungen soll auch hier der Arbeitnehmer nicht tragen. Das sagt der § 642 im Grunde genommen. Das sagt auch der § 644, Abs. 1, S. 3, und deutlich auch die §§ 645 und 649. Diese Bestimmungen des Werkvertrages über die Gefahrentlastung vor Vollendung des Werks zeigen deutlich, daß auch im BGB für die Gefahrtragung beim Werkvertrag gewisse Gefahrensphären unterschieden werden, Gefahrensphären aber nur insofern, als der Besteller hier für die Nichtvornahme von Mitwirkungshandlungen einzustehen hat. Nicht entscheidend ist, ob das Werk sich vor der Vollendung in den Räumen des Bestellers befindet und dort untergeht. Eine Gefahrtragungsregelung nach den Besitzverhältnissen ist nur dann möglich, wenn das Werk vollendet ist. Dann erst hat der Besteller die Hauptsache getan, nämlich er hat gearbeitet und den versprochenen Erfolg erreicht. Damit ist die Gefahrtragung sozusagen eine andere geworden als vorher. Arbeitet der Unternehmer noch an dem Werk, so ist da, wo er arbeitet, notwendig auch seine „Sphäre“, sein Arbeitskreis, sein Arbeitsgebiet. Sie bleibt es auch dann, wenn das Arbeiten beim Besteller stattfindet. Nur wenn der Arbeiter seine Arbeitssphäre durch Beendigung der Arbeit aufgibt, dann ist eine rein räumliche Trennung in Gefahrenkreise auf Grund der tatsächlichen Besitzverhältnisse möglich. Deshalb verliert der Unternehmer auch dann seinen Lohn, wenn das angefangene Bild in der Wohnung des Bestellers untergeht. Hier allein ist im gegebenen Fall sein Arbeits- und Betriebskreis, er ist es genau so, wie wenn er zu Hause arbeiten würde; er ist es ebenso, wenn er auf einer Wiese sitzt und eine Landschaft malt oder wenn er bei einer dritten Person seine Arbeit verrichtet. Hier eine Unterscheidung finden zu wollen nach rein räumlichen Merkmalen, ist durch nichts gerechtfertigt und kann beim Werkvertrag auch nicht aus den Bestimmungen herausgelesen werden. Nur wenn es sich um die „Gefahr der Aufbewahrung“ nach Beendigung der Arbeit handelt, dann kann nach dem Besitz eine Teilung der Gefahren vorgenommen werden.

[188]) Martius, S. 42, 66 ff.

3. Entlastung des Unternehmers durch entsprechende Anwendung der §§ 642, 645, 649.

Voraussetzung für die Anwendung des § 642 ist, daß überhaupt zur Bewirkung der Leistung, also zur Erreichung des Erfolgs „Mitwirkungshandlungen" erforderlich sind. Wo das nicht der Fall ist, kann § 642 natürlich nicht angewendet werden. Das ist für die Fälle von Bedeutung, in denen zwar ein „Substrat" vorliegen muß, dieses aber nicht vom Besteller oder einem Dritten gestellt werden kann, sondern in seiner Existenz und seiner Beziehung zur Arbeit völlig unabhängig vom Willen des Bestellers ist und sich rein objektiv aus natürlichen oder sonstigen Verhältnissen ergibt. So kann man nicht sagen, daß Mitwirkungshandlungen des Bestellers unterlassen sind, wenn bei der Beobachtung einer Sonnenfinsternis, zu der ich einen Gelehrten bestellt habe, die Sonne von Wolken verdeckt wird, wenn die Landschaft, die der Maler malen sollte, im Nebel liegt, wenn das Photographieren eines Rennens oder eines Umzugs nicht stattfinden kann, weil dieser einen anderen Weg nimmt oder überhaupt ausbleibt. Es kann auch nicht Annahmeverzug vorliegen, wenn das draußen auf dem Meer treibende Schiff vor der Bergung untergeht, wenn eine Kahnfahrt oder ein Transport nicht vor sich gehen kann, weil der Fluß ausgetrocknet ist. Ebenfalls kann dann nicht von Annahmeverzug nach § 642 gesprochen werden, wenn der Erfolg, die Veränderung in der Außenwelt, eingetreten ist, ohne daß zur Erreichung dieses Erfolgs Arbeit seitens des Unternehmers geleistet worden ist. So liegt nicht Annahmeverzug vor, wenn die Hebamme kommt und das Kind schon geboren ist, wenn das Schiff flott ist, das Auto wieder fährt, wenn der Patient bei Eintreffen des Arztes wieder gesund ist, wenn die Mauer oder der Baum schon eingestürzt ist, bevor der Arbeiter an der Arbeitsstätte eintrifft. Hier ist der § 642 seinem Sinne nach nicht anwendbar.

In den eben erwähnten Fällen, in denen also einmal das Substrat gar nicht der Verfügungsgewalt des Bestellers oder eines Dritten unterliegt und zum andern Mal der beabsichtigte Erfolg ohne Arbeit eingetreten ist, könnte natürlich auch niemals dem Unternehmer eine Vergütung als vertragsmäßige Gegenleistung zugebilligt werden. Es könnte sich hier nur darum handeln, dem Unternehmer eine Entschädigung entsprechend dem § 642 oder gewisse Aufwendungen zu ersetzen. Die erstgenannten Ereignisse können auch während der Arbeit eintreten, so daß nur ein Teil des Gemäldes oder der Aufnahme fertig war und im übrigen eine Vollendung nicht möglich ist. Der Fall, daß der Erfolg ohne Arbeit eingetreten ist, kann für die Gefahrtragung nur dann eine Rolle spielen, wenn mit der Arbeit noch nicht begonnen ist.

Hier muß also gefragt werden, ob der Unternehmer seine Aufwendungen ersetzt bekommt, der Arzt oder Astronom sein Reisegeld, wenn die Werkleistung aus diesen Gründen nicht möglich ist. In solchen Fällen läßt uns auch die Sphärentheorie im Stich[189]). Diese Ereignisse in die Sphäre des Arbeiters oder Arbeitgebers fallenzulassen, ist unmöglich. Hier erscheint es richtig, die Gefahr dem Unternehmer aufzuerlegen, denn die zufälligen Ereignisse wirken sich hier nicht auf die spezifischen Verhältnisse des Bestellers aus. Es sind dies Gefahren der Unternehmung, die voraussehbar sind und deren Risiko dem Unternehmer auferlegt werden muß[190]) Dieser muß sich hier genau so behandeln lassen, als ob der Besteller das Substrat schon gestellt hätte, seine Mitwirkungshandlung also

---

[189]) Auch Trautmann, Martius, Rümelin erwähnen diese Fälle nicht.

[190]) So scheinbar auch Oertmann, Arch. ziv. Prax. 116, S. 39, der in solchen Fällen aber doch analoge Anwendung des § 645 für möglich hält.

Kohler geht hier wohl zu weit, wenn er auch in solchen Fällen den Besteller die Gefahr tragen läßt. Siehe Arch. Bürg. Recht 13, S. 251 ff.

abgeschlossen wäre. Er erhält also, wenn der Zufall sich als Gefahr der Unterbrechung darstellt und auch kein wertvolles Teilresultat bestehen läßt, nicht einmal einen Teil der Vergütung. Er erhält nichts, wenn die Ereignisse vor der Arbeit eintreten; er bekommt auch nicht eine Entschädigung nach § 642, wenn nur eine zeitweilige Verhinderung vorliegt, der Erfolg also nach Wegfall der Störung doch noch erreicht werden kann. Es würden sich hier Dienstvertrag und Werkvertrag nicht unterscheiden, wenigstens dann nicht, wenn mit der Arbeit noch nicht begonnen ist. Fällt das Unglück mitten in die Arbeit, so ist bei Dienstvertrag ein der geleisteten Arbeit entsprechender Teil nach den §§ 612, 614, bei Werkvertrag nichts zu zahlen, weil hier diese Gefahren unter die Erfolgsgefahr des Unternehmers fallen. Etwas anders ist es, wenn trotz der Unterbrechung ein Weiterarbeiten und eine Erfolgserreichung möglich bleibt, der Besteller aber nicht weiter arbeiten lassen will. Dann kommen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung, der Besteller muß kündigen, und es greifen die Rechtsfolgen des § 649 Platz.

In den erwähnten Fällen wird oft durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine Abwälzung oder anderweitige Verteilung des Risikos vorgenommen sein. Es wird sich dann bei vernünftiger Auslegung des einzelnen Vertrages ergeben, daß beispielsweise Aufwendungen oder eine Entschädigung zu zahlen, also ein Teil des Risikos vom Besteller zu tragen ist. Zur Auslegung kann auch der § 612 herangezogen werden. Ist aus den Vereinbarungen nichts über einen vermeintlichen Parteiwillen zu entnehmen, dann ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß diese Arten der Gefahr der Besteller zu tragen hat. Man kann nur zu dem Ergebnis kommen, daß der Unternehmer, der diese Gefahren voraussehen und in Rechnung stellen mußte, hier die Erfolgsgefahr zu tragen hat. Das gilt also nicht nur für die Fälle, in denen der Besteller keinen Einfluß auf das Substrat oder die sonstigen Voraussetzungen für die Arbeit hat, sondern auch dann, wenn der Erfolg ohne Arbeit eingetreten ist. Der Abschluß des Werkvertrages hat ja nur den Zweck gehabt, diesen Erfolg zu erreichen; ist er von selbst eingetreten, so kann dem Unternehmer nichts zugebilligt werden. Durch den Eintritt des Erfolgs ist das Ziel des Werkvertrages erreicht, der Vertrag damit hinfällig geworden. Auch hier wird oft etwas anderes vereinbart sein, so z. B. wird der Arzt in jedem Falle seine Aufwendungen erhalten, wenn das Kind geboren oder der Patient gesund ist. Das ergibt sich nach richtiger Auslegung aus dem einzelnen Vertrag, gleichgültig ob Dienst- oder Werkvertrag verliegt.

In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung der Tod des Bestellers. Was geschieht, wenn der Besteller vor oder während der Arbeiten stirbt? Eine allgemeine Regelung für alle Fälle kann nicht getroffen werden, weil die Existenz des Bestellers im einzelnen Werkvertrag zur Werkleistung und zum Vertragsinhalt in wechselndem Verhältnis steht. Es ist nicht dasselbe, ob der Besteller eines Anzugs während der Arbeiten des Schneiders stirbt, ob jemand während eines Transports vom Tode ereilt wird, ob der zu Malende während der Tätigkeit des Malers oder ob der Knabe, dem jemand Unterricht zu geben hat, der Patient während der Operation, stirbt. Die Person des Bestellers kann zu der Arbeitsleistung in engerer oder weiterer Beziehung stehen. Das ist an diesen Beispielen genau zu sehen.

Oft ist der Körper des Bestellers das „Substrat" der Arbeit, wenn an dem Körper Einwirkungen erfolgen sollen, wenn der Arzt operiert, wenn der Masseur massiert, wenn jemandem Singen oder Sprechen beigebracht werden soll. Hier erfolgt mit dem Tode des Bestellers eine Auflösung des Werkvertrages [191]). Der

---

[191]) So wohl Oertmann Komm. § 649, S. 1006, der aber das nur annimmt, wenn aus dem vermutlichen oder erweislichen Parteiwillen darauf zu schließen ist.

Tod löst dann nicht Annahmeverzug aus, eine direkte Anwendung des § 642 ist nicht möglich. Und doch würde es in solchen Fällen unbillig erscheinen, den Unternehmer leer ausgehen zu lassen. Der Tod des Bestellers ist ein Ereignis, das völlig in die Sphäre des Bestellers fällt, das als nicht voraussehbar auch nicht als Gefahr der Unternehmung dem Unternehmer auferlegt werden kann. Deshalb wird man hier eine analoge Anwendung der §§ 642, 649 bejahen können. Fällt der Tod mitten in die Arbeit, so ist entsprechend den §§ 642, 645, 649 eine Entschädigung bzw. ein Teil der Vergütung zu zahlen. Stirbt der Besteller vor Beginn der Arbeiten, so erhält der Unternehmer mindestens Auslagen und Aufwendungen.

Der Tod eines Menschen ist ein so besonderes Ereignis, daß man ihn rechtlich anders würdigen muß als den Wegfall eines gewöhnlichen Sachsubstrats. Eine eigentliche Gefahr der Unternehmung liegt deshalb bei Tod nicht vor, weil der betr. Mensch in jedem Falle seinen Körper immer von neuem darbieten muß, seine Mitwirkungshandlungen also niemals abgeschlossen sind. Auch die Vertreter der Sphärentheorie lassen den Tod des Bestellers immer in dessen Gefahrensphäre fallen [192]). Dasselbe muß gelten, wenn die Einwirkung auf einen Dritten stattfinden soll, wenn z. B. der Arzt den Sohn des Bestellers operiert. In allen diesen Fällen liegt nicht Annahmeverzug vor, denn es wäre seltsam, hier von einer Unterlassung der Mitwirkungshandlungen sprechen zu wollen.

Die zweiten Fälle sind die, in denen am Körper des Bestellers oder eines Dritten selbst keine Einwirkungen vorgenommen werden sollen, der Besteller oder Dritte in seiner Existenz aber die notwendige Voraussetzung für die Herstellung des Werks, also auch eine Art „Substrat" darstellt. Hierher gehören die Werkverträge, in denen eine Person gezeichnet, aufgenommen oder transportiert wird, in denen der Unternehmer von einer Person eine Beschreibung oder ein Gutachten abgeben soll. Eine Erreichung des Erfolgs ist ohne Vorhandensein der betr. Personen nicht möglich. Auch in solchen Fällen ist anzunehmen, daß mit dem Tode der mit der Werkleistung eng verknüpften Person der Vertrag gelöst wird. Der Gedanke an Annahmeverzug ist auch hier nicht zutreffend. Die Leistungen sind ihrer Art nach so höchstpersönlich, daß der Vertrag nur unter der Bedingung bestehen bleiben soll, daß die Persönlichkeit existiert. Hier gilt dasselbe wie in den erstgenannten Werkverträgen, also entsprechende Anwendung der §§ 642, 645, 649.

In die nächste Kategorie fallen die Werkverträge, in denen z. B. für jemanden ein Anzug, ein Paar Schuhe gemacht werden sollen, also Dinge, die zum persönlichen Gebrauch einer bestimmten Person dienen. Hier ist die Existenz der Person meistens nicht notwendige Voraussetzung für die Herstellung des Werkes. Der Erfolg kann in den meisten Fällen auch erreicht werden, obgleich der Besteller gestorben ist. In vielen Fällen wird der Unternehmer vom Tode nichts wissen und weiterarbeiten. Hier ist nicht anzunehmen, daß der Vertrag gelöst wird; er besteht weiter und an die Stelle des Bestellers treten dessen Erben. Sie sind zur Abnahme des Werks verpflichtet und müssen kündigen, wenn die Leistung für sie keinen Wert hat und sie die Einstellung der Arbeit wünschen [193]). Hat der Schneider den Anzug vollendet, so erhält er die Vergütung, auch wenn der Besteller in der Zwischenzeit gestorben ist. Hat er ihn teilweise vollendet, so stehen der Anwendung der §§ 642, 645, 649 keine Bedenken entgegen. Erfährt er vom Tode, so kann er die Arbeit niederlegen und den Erben davon Mitteilung machen. Darin würde dann eine Kündigung nach § 643 zu sehen sein. Wenn eine Vollendung z. B. eines Anzugs ohne Anprobe nicht mehr möglich ist, kann

---

[192]) Strohal a. a. O. S. 387; Oertmann in Grünhuts Zeitschr. 24, S. 50; siehe dazu auch Crome part. Rechtsgesch. S. 321, Syst. II, § 259 II. Martius S. 69.

[193]) So auch Crome Syst. II, § 266.

bei Tod des Bestellers die Entscheidung nicht anders lauten, als in den Fällen, in denen der Besteller zur Anprobe nicht kommt, weil er krank ist oder verreisen mußte. Kündigen die Erben den Vertrag, so ist § 649 anwendbar. Aber unter Anwendung der Rechtsgedanken der § 626, 628 ist in jedem Fall hier nur ein Teil der versprochenen Vergütung zu zahlen. Der Schneider kann hier nicht die ganze Gegenleistung nach § 649 verlangen, das würde eine zu große Belastung der Erben bedeuten, die dem Grundgedanken des § 649 nicht entsprechen würde. Durch die Anrechnungsbefugnis des § 649 würden die Erben nicht genügend geschützt sein, deshalb ist eine analoge Anwendung der §§ 626, 628 gerechtfertigt. Sie allein führt zu richtigen Ergebnissen. Stirbt der Besteller vor Beginn der Arbeit, so kann der Unternehmer, wenn er oder die Erben den Vertrag kündigen, Ersatz von Auslagen und Aufwendungen verlangen. Erfährt der Unternehmer nichts von dem Tode, so kann er weiter arbeiten, bekommt dann seine Vergütung ganz oder teilweise.

Denkbar sind schließlich Arbeitsleistungen, die in gar keiner Beziehung zur Person des Bestellers stehen. Das sind wohl die meisten, sowohl beim Dienst- als auch beim Werkvertrag. Hier hat der Tod des Bestellers keinen Einfluß auf das Bestehen des Vertrages. Die Erben müssen kündigen, wenn sie die Arbeit nicht mehr brauchen können; der Unternehmer erhält genau so seine volle Vergütung nach dem § 649, wie er sie erhalten hätte, wenn der Besteller vor seinem Tode die Kündigung ausgesprochen hätte. Sind während der Arbeit Mitwirkungshandlungen erforderlich, so ist § 642 anwendbar. Werden die Mitwirkungshandlungen von den Erben nachgeholt, was oft möglich ist, dann erhält der Unternehmer die volle Vergütung, daneben die im § 642 festgelegte Entschädigung.

Eine genaue Regelung der Gefahrtragung bei Tod des Bestellers oder eines mit dem Werkvertrag verknüpften Dritten wird sich nicht finden lassen. Der Tod einer Vertragspartei ist schließlich auch die seltenste Art der Störung eines Vertrages, so daß eine Gefahrverteilung bei dieser Einwirkung des Zufalls von geringerer Bedeutung ist. Immerhin ist aber zu sagen, daß bei Tod des Bestellers der Unternehmer immer von der Gefahr zu entlasten ist, auch dann, wenn im besonderen Falle der Vertrag aufgelöst wird. Dasselbe hat auch beim Dienstvertrag zu gelten. Hier spielt in erster Linie für die Frage nach der Lohnzahlung der Fall eine Rolle, in dem der Tod vor Beginn der Arbeit eintritt; denn wird die Dienstleistung unterbrochen, so bekommt der Arbeiter für die bis dahin geleisteten Dienste natürlich seinen Lohn. Es handelt sich hier nur darum, ob der Arbeiter dann nach § 615 auch wegen der für die Zukunft nicht geleisteten Dienste etwas erhält. Beim Dienstvertrag wird der Tod des Arbeitgebers für das Bestehen des Vertrages meistens ohne Bedeutung sein, besonders beim gewerblichen Arbeitsvertrag. Es bedarf dann immer der Kündigung. Hier kann dann der § 626 zur Anwendung kommen. Nur dann, wenn besondere Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeiter sowie zwischen Substrat und Arbeitgeber bestehen, wird die Frage nach einer Gefahrverteilung außerhalb der besonderen Bestimmungen des Dienstvertrages auftauchen.

Fraglich ist, abgesehen vom Tod des Bestellers, weiterhin, wie die Gefahrverteilung bei Verboten der Werkleistung zu erfolgen hat. Wird dem Arbeitgeber die Stellung des Substrats untersagt, so ist § 642 anwendbar. Oft wird das Verbot aber auch die Unternehmung als solche betreffen, so z. B. wenn die Herstellung irgendeines Bildes, einer Fotografie, wenn ein Transport, eine Kahnfahrt wegen Hochwassers, das Singen eines Liedes oder eine Theateraufführung verboten wird. Hier handelt es sich dann immer wohl um eine zufällige Erfolgsverhinderung, für die der Unternehmer einzustehen hat. Es wird sich aber nur im Einzelfall feststellen lassen, ob eine Gefahr der Unternehmung vorliegt. Rümelin[194]) meint ganz richtig, daß in solchen und ähnlichen Fällen immer nach-

[194]) S. 137.

gewiesen werden muß, daß eine Gefahr der Unternehmung nicht vorliegt. Die Vermutung wird bei Verboten immer dafür sprechen, daß der Unternehmer die Gefahr zu tragen hat.

4. Die Entlastung des Unternehmers durch den § 645.

Eine besondere Regelung der Gefahrtragung finden wir dann noch im § 645, der sowohl vor Vollendung des Werks als auch später zur Anwendung kommt, wenn das Material schlecht ist oder der Untergang des Werks infolge einer Anweisung des Bestellers oder eines an dessen Stelle tretenden Dritten eingetreten ist. Hierbei zeigt sich ganz besonders, daß es auf eine rein räumliche Trennung der Gefahrenkreise nicht ankommt. Die Gefahr des Materials und die Gefahr der Unmöglichkeit der Herstellung infolge falscher Anweisungen fallen aber in die Sphäre des Bestellers. Es ist im § 645 in gewisser Weise auch ein Teil des Annahmeverzugs enthalten. Es gehört zur ordnungsmäßigen Mitwirkung des Bestellers [195]), gutes Material zu liefern und richtige Anweisungen zu geben.

Ob der § 645 ergänzend oder einschränkend auszulegen ist, ist zweifelhaft. Kohler hält ihn für überflüssig [196]), er sieht gerade den § 645 als ein Beispiel dafür an, daß es eine Kombination von Unmöglichkeit und Annahmeverzug gibt. Oertmann will aus dem § 645 herauslesen, daß der § 642 bei Fehlern oder Untergang des Arbeitssubstrats nicht anwendbar sei [197]). Das Gesetz selbst gibt keine Antwort. Immerhin scheint nichts für Oertmann's Ansicht zu sprechen, denn das, was er annimmt, läßt sich aus dem § 645 wohl kaum entnehmen. Dieser setzt gerade voraus, daß der Besteller seine Mitwirkungshandlung, also Lieferung des Stoffes, bereits dargetan hat. Es kann mit der Arbeit begonnen sein oder nicht, sie kann auch schon beendet sein, in allen Fällen trägt die Erfolgsgefahr des § 645 der Besteller. Wäre der § 645 nicht da, so würde es sich in solchen Fällen um eine Gefahr der Unterbrechung oder des vollendeten Werkes handeln, die nach dem § 644 der Unternehmer zu tragen hätte. Der § 645 entscheidet aber nicht, daß bei Wegfall des Stoffs vor Lieferung — ob er durch seine Beschaffenheit untergeht oder nicht, ist gleich — der § 642 nicht anwendbar ist. Ist § 642 gegeben, so ist für den § 645, Fall 1, kein Raum. Die Mitwirkungshandlungen müssen beendet sein, dann soll die Erfolgsgefahr für besondere Fälle auf den Besteller abgewälzt werden. Man kann im Gegenteil aus dem § 645 den Schluß ziehen, daß der Unternehmer, wenn er schon nach Mitwirkung bei Wegfall des Substrats die Gefahr nicht trägt, also einen Gegenwert erhält, erst recht nicht den Anspruch auf einen Teil der Vergütung oder die Auslagen verlieren soll, wenn das Material oder der Stoff untergeht, bevor er geliefert ist.

Bestritten ist aber fernerhin, wie weit der § 645, Abs. 1, Fall 2, auszulegen ist. Crome scheint darin sehr weit zu gehen [198]): Wenn ich jemanden auf einer Wiese oder in meiner Wohnung malen lasse, und das Bild wird vernichtet, so soll der Untergang „infolge" der Anweisung eingetreten sein. Die Anweisung ist im weitesten Sinne dann eine conditio sine qua non für den Untergang. Diese Auslegung dürfte nicht den Bedürfnissen des Lebens entsprechen. Es muß verlangt werden, daß die Anweisung die typische Ursache im Sinne des adaequaten Kausalzusammenhangs für den Untergang ist [199]). Wenn ich also den Maler anweise, das Bild in einer bestimmten Farbe zu malen und diese ist schlecht, wenn ich für Abzüge bestimmte Platten und Entwickler vorschreibe, wenn ich ausdrücklich bestimme, daß ein Transport auf dem Fluß statt mit der Bahn auszuführen sei, dann erst erscheint die Anwendung des § 645 gerechtfertigt.

---

[195]) So auch Martius S. 66—67.
[196]) Im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 13, S. 258.
[197]) Im Arch. ziv. Prax. Bd. 116, S. 34—35.
[198]) Die part. Rechtsgesch. S. 321.
[199]) So auch Stern S. 129, Kisch S. 71.

Es zeigt sich somit, daß durch richtige Auslegung der im Gesetz selbst vorgesehenen Entlastungsvorschriften und durch entprechende sinnvolle Ausdehnung dieser Bestimmungen eine einigermaßen befriedigende, den Bedürfnissen der Beteiligten entsprechende Gefahrverteilung gefunden werden kann. Es muß aber immer wieder festgestellt werden, daß es Grenzfälle gibt, in denen es zweifelhaft ist, ob die getroffenen Entscheidungen richtig sind, und in denen die Vorschriften des Werkvertragsrechts uns im Stich lassen. Über die Berechtigung der getroffenen Gefahrverteilung wird noch am Schluß einiges zu sagen sein.

3. Kapitel. Die Erfolgsgefahrtragung beim Geschäftsbesorgungsvertrag.

Das BGB hat für die entgeltliche Geschäftsbesorgung keinen besonderen Vertragstypus geschaffen. Durch den § 675 stellt es ihn unter die Regeln des Dienstvertrags- und Werkvertragsrechts. Es muß also im einzelnen Falle festgestellt werden, ob die Geschäftsbesorgung auf „einen Erfolg" oder nur auf „Arbeit als solche" gerichtet ist. Es ist also auf den schwierigen Unterschied im Tatbestand dieser beiden Verträge abzustellen. Man kann auch hier die verschiedene Erfolgsgefahrtragung heranziehen und versuchen, aus einer Vereinbarung über sie auf den Tatbestand zu schließen. Über den Begriff der Geschäftsbesorgung hat Streit geherrscht, der aber jetzt ziemlich behoben ist. Aus der Entstehung der Vorschrift geht hervor, was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen ist. Die zweite Kommission war der Ansicht, daß die Entscheidung darüber der Wissenschaft überlassen bleiben müßte[200]). Es steht fest, daß unter § 675 nicht alle Dienst- und Werkverträge fallen können[201]). Ebensowenig kann man unter Geschäftsbesorgung nur rechtsgeschäftliches Handeln verstehen. Nach der herrschenden Meinung gehört zum Begriff der Geschäftsbesorgung das Handeln für einen andern, die Besorgung von Angelegenheiten, die nicht im eigenen Interesse des Geschäftsführers, sondern im Interesse des Geschäftsherrn liegen. Der Zweck der Geschäftsbesorgung ist die Vornahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die der Vermögenssphäre des Geschäftsherrn angehört, die unmittelbar seinem Vermögen Vorteile bringt. Hinzukommen muß, daß der Geschäftsführer eine gewisse Selbständigkeit besitzt und nicht nur irgendeine untergeordnete Tätigkeit vollbringt[202]). Geschäftsbesorgungen sind demnach alle rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen, dann weiterhin z. B. Verwaltungs-, Banktätigkeit[203]), die Tätigkeit eines Treuhänders, Rechtsanwalts[204]), von Aufsichtsratsmitgliedern[205]), von Agenten[206]) usw.

[200]) Prot. II, S. 377.

[201]) Das nahm Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, S. 77 ff. an.

[202]) Siehe dazu im einzelnen: Oertmann, Komm. S. 1063: „Es muß darauf ankommen, daß die Tätigkeit ein wirtschaftliches Ergebnis für den Geschäftsherrn mit sich bringt." RGRK § 675, Anm. 1: „. . .selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die für einen anderen und in seinem Interesse vorgenommen wird." Crome, Syst. II, S. 613: „Unter Geschäftsbesorgung ist ein solches Tun zu verstehen, das den andern unmittelbar in seinem Vermögen betrifft, einen wirtschaftlichen Effekt für ihn herbeiführt."

Siehe ferner Lenel in Arch. Ziv. Prax. 129, S. 1 ff., besonders S. 8 ff. und in Jher. Jahrb. Bd. 44, S. 37 ff. Vergleiche Dnistrjanskyj in Jher. Jahrb. Bd. 77, S. 54 ff. Lotmar II, S. 279 ff. Staud-Kober § 675, Anm. 2b. RG 103/411: „Die Besorgung von Angelegenheiten für einen andern ist die Vornahme einer Tätigkeit, die an und für sich der Sorge dieses anderen obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt." Ähnlich auch RG 109/301.

[203]) Zur Banktätigkeit siehe RG 54/329; 107/136; 114/270. Zur Verwaltungstätigkeit: RG in Seuff. Arch. 63 Nr. 9; RG 70/335.

[204]) Vergl. RG Jur. W. 1908/728; Recht 06/243; RG 88/223; RG 115/185.

[205]) RG 81/335.

[206]) OLG 8/343; 12/272.

Die Erfolgsgefahrtragung richtet sich also grundsätzlich auch danach, ob die Geschäftsbesorgung einen Dienst- oder Werkvertrag darstellt. Die für die reinen Dienst- und Werkverträge getroffene Gefahrverteilung hat auch für den Geschäftsbesorgungsvertrag Gültigkeit. Nun ergibt sich aber eine interessante Besonderheit:

Das BGB läßt auf den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag einen Teil der Auftragsvorschriften zur Anwendung kommen. Für die Frage nach der Erfolgsgefahrtragung spielt hier nur der § 670 eine Rolle. Nach ihm erhält der Beauftragte die Aufwendungen ersetzt, die er zur Ausführung des Auftrags den Umständen nach machen durfte. Der § 670 ist nach der ausdrücklichen Verweisung im § 675 auf den Geschäftsbesorgungsvertrag anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob dieser seinem Wesen nach Dienst- oder Werkvertrag ist. Das ist für die Gefahrtragung von großer Wichtigkeit, denn es ergeben sich für die Gefahrverteilung im Geschäftsbesorgungsvertrag dem reinen Dienst- und Werkvertrag gegenüber bedeutsame Abweichungen. Diese sind oft derartig einschneidend, daß man sich fragen muß, aus welchen Gründen diese Regelung bei der Geschäftsbesorgung getroffen ist. Es ist zweifelhaft, wie weit mit der Auslegung und Anwendung des § 670 gegangen werden kann. Es geht aber nicht an, ihn für die Frage nach der Erfolgsgefahrtragung zu übersehen.

Wenig Schwierigkeiten bieten die Fälle, in denen die Aufwendungen nach dem ausdrücklichen oder vermeintlichen Parteiwillen in die für die Geschäftsbesorgung zugesagte Vergütung n i c h t einbegriffen sein sollen, also neben der Vergütung herlaufen. Hier ist immer anzunehmen, daß ein Teil der Auslagen und Aufwendungen ohne weiteres zu zahlen ist, auch wenn die Geschäftsbesorgung aus einem von beiden Parteien nicht zu vertretenen Umstande mißlingt. Das gilt für jeden Geschäftsbesorgungsvertrag, gleich ob er Dienst- oder Werkvertrag ist. Es würde auch für jeden reinen Dienst- oder Werkvertrag dasselbe gelten, wenn hier die Aufwendungen a u ß e r h a l b der Vergütung oder des Arbeitslohnes liegen.

Zweifelhaft sind nur die Fälle, — und das werden die meisten sein, — in denen aus den Vereinbarungen nichts über den Ersatz von Aufwendungen hervorgeht und die, in denen nach dem Willen der Partei die Aufwendungen in der zu zahlenden Vergütung enthalten sein sollen.

Nehmen wir an, es ist von Aufwendungen überhaupt nicht gesprochen; bei reinen Dienst- und Werkverträgen würde der Arbeitnehmer nach dem, was vorher für die Gefahrverteilung festgestellt ist, dann seine Auslagen erhalten, wenn das Vertragsziel infolge Fehlens von Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers nicht erreicht ist. Das ergibt sich bei richtiger Auslegung, unmittelbarer und entsprechender Anwendung der §§ 612, 614, 642, 645, 649 BGB. Dagegen wurde weder bei Dienstvertrag noch Werkvertrag der Arbeitnehmer Aufwendungen verlangen können, wenn leistungshindernde Zufälle eintreten, die nicht dem Gläubiger zur Last fallen, d. h. ihn an der Annahme der Arbeit verhindern. Bei Dienstvertrag also würden das Zufälle sein, die besonders in der Person des Arbeiters eintreten, und nicht unter § 616 fallen, also seine Leistungsbereitschaft aufheben, bei Werkverträgen außer diesen aber auch noch die Gefahren der Unternehmung. Die Gefahrtragung des Arbeitnehmers umfaßt bei Dienst- und Werkvertrag auch die „Gefahr der Aufwendungen", die er aus seinem Vermögen gemacht hat.

Beim Geschäftsbesorgungsvertrag ergibt sich nun hinsichtlich der „Gefahr der Aufwendungen" eine Verschiebung, die ein völlig anderes Bild schafft. Der Geschäftsführer erhält seine Auslagen auch dann ersetzt, wenn Zufälle eintreten, die ihn selbst an der Leistung verhindern, also Zufälle, für die bei reinem Dienst- und Werkvertrag immer der Arbeitnehmer einzustehen hätte. Hier bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung erhält der Arbeitnehmer in jedem Falle seine Aufwendungen, gleichgültig, ob die Geschäftsbesorgung ganz unterbleibt oder unter-

brochen wird; er erhält sie z. B. auch dann, wenn der Weg versperrt ist, die Transportmittel versagen, wenn er krank wird und sogar wenn er stirbt. Das bedeutet ohne Zweifel dem reinen Dienst- und Werkvertrag gegenüber eine erhebliche Änderung der Gefahrverteilung. Sie hat natürlich besondere Bedeutung für die Geschäftsbesorgungsverträge, die sich als Werkverträge darstellen. Hier würde eine Abänderung des § 644 vorliegen, und zwar in ziemlichem Ausmaß, da ja die Erfolgsgefahrtragung des Unternehmers nicht auf Zufälle in der „Person" beschränkt ist, sondern auch alle Zufälle umfaßt, die aus einer „neutralen" Sphäre stammen.

Macht jemand also in Geschäftsbesorgungsangelegenheiten eine Reise, so erhält er Kosten für die Reise und für Übernachtung auch dann, wenn die Geschäftsbesorgung mißlingt, weil er krank wird oder weil ein Eisenbahnunglück ihn am Erscheinen am richtigen Ort zur richtigen Zeit verhindert. Es spielt hier für die Frage nach Ersatz der Aufwendungen zunächst keine Rolle, ob der Geschäftsbesorgungsvertrag Dienst- oder Werkvertrag ist. Nur dann würde der Unterschied von Bedeutung sein, wenn diese Zufälle die Arbeit unterbrechen und ein Teilresultat schon erreicht ist, was manchmal beispielsweise bei schwierigen Verhandlungen und Vertragsabschlüssen möglich sein kann. Ist der Geschäftsbesorgungvertrag Dientvertrag, so erhält der Geschäftsführer einen Teil der Vergütung nach den §§ 612, 614 und den allgemeinen Grundsätzen des Dienstvertrages. Daneben kann er aber auch Aufwendungen und Auslagen verlangen. Ist der Vertrag ein Werkvertrag, so erhält der Unternehmer bei Krankheit und sonstigen nicht die Annahmebereitschaft des Bestellers hindernden Zufällen keinen Teil der Vergütung, sondern nur Ersatz der Aufwendungen.

Der § 670 soll insofern nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes die Vorschriften über die Gefahrverteilung bei Dienst- und Werkvertrag, besonders also den § 644, teilweise ausschließen [207]). Seine Berechtigung erhält diese Ausnahme aber auch, wenn man sich das innere Wesen einer Geschäftsbesorgung und die Stellung der Vertragsparteien ansieht. Der Geschäftsführer hat bei der Geschäftsbesorgung in erhöhtem Maße ein Interesse des Geschäftsherrn zu vertreten, er hat mehr als der Unternehmer des Werkvertrages oder der Dienstpflichtige des Dienstvertrages „für" den Geschäftsherrn, den Arbeitgeber tätig zu sein. Seine Arbeitsleistung hat in erster Linie nicht für ihn, sondern für den Geschäftsherrn zu geschehen. Er erledigt die Arbeit in vielen Fällen für Rechnung eines andern, sie und der mit ihr bezweckte Erfolg kommt dem Vermögen des Arbeitgebers in hohem Maße unmittelbar zugute. Hierin liegt der tiefere Sinn für die erhöhte Gefahrbelastung des Arbeitgebers eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Der § 670 hat nicht nur einen Sinn und eine Berechtigung, wenn jemand aus Gefälligkeit oder Freundschaft unentgeltlich für einen andern tätig wird [208]), sondern auch da, wo jemand fremde Vermögensinteressen gegen Bezahlung wahrnimmt. Der Geschäftsherr zieht den eigentlichen Vorteil aus dem Geschäft. Er ist derjenige, der das Geschäft ausführen kann und soll, da es ihn in erster Linie angeht. Bedient er sich zu einer ihm Vorteil bringenden Arbeit eines anderen, läßt er diesen im eigentlichen Sinne des Wortes „für" sich arbeiten, so muß er auch in hohem Maße für das zufällige Versagen des andern und die zufällige Verhinderung der Arbeit oder des Erfolges die Gefahr tragen.

---

[207]) So auch Oertmann Komm. S. 1066, der § 670 als lex specialis ansieht. Dagegen Lenel im Arch. ziv. Prax. S. 13 ff., der umgekehrt der Ansicht ist, daß nur § 644 und nicht § 670 anwendbar sein kann, wenn die Auslagen in der Vergütung enthalten seien. In diesem Zusammenhang sind auch zwei Entscheidungen des RG in Warn. 1919, S. 87; 1910 Nr. 108 von Bedeutung, wo das RG bei einem Überweisungsvertrag zwischen zwei Banken bzw. Firmen auf dem hier vertretenen Standpunkt steht.

[208]) So sieht es Lenel a. a. O. S. 15.

Wenn man diese besonderen Verhältnisse und die eigenartige Stellung der Parteien berücksichtigt, dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der Geschäftsführer in den weitaus meisten Fällen seine Aufwendungn bekommen muß, wenn die Arbeit aus den oben angeführten Gründen scheitert. Selbst die Tatsache, daß nach dem Willen der Parteien die Auslagen in der Vergütung oder dem Arbeitslohn enthalten sein sollen, ist nicht ohne weiteres ein Anhaltspunkt dafür, daß der Arbeitgeber ihren Ersatz bei Verwirklichung der Gefahr zu verweigern berechtigt ist. Nur in seltenen Fällen, in denen es offensichtlich ist, daß Vergütung und Aufwendungen eng miteinander verknüpft sind, kann man zu der Annahme neigen, daß die bei reinen Dienst- und Werkverträgen gefundene Gefahrverteilung durchgreift.

4. Kapitel. Zusammenfassung.

In der Arbeit ist der Einfluß des Zufalls auf die beiden Grundformen des Arbeitsvertrages einer Würdigung unterzogen worden. Es wurden die Begriffe Erfolgsgefahr und Erfolgsgefahrtragung gewählt. Nur durch ihre Verwendung ist es einigermaßen möglich, die besondere Risikoverteilung in den beiden Vertragsarten Dienst- und Werkvertrag zu verstehen.

„Arbeit" im Sinne einer zweckgerichteten Tätigkeit richtet sich immer auf die Erreichung eines Arbeitsresultats, das im einzelnen ganz verschieden sein kann. Dieses Arbeitsresultat, der „Erfolg", ist bewußt in den Vordergrund geschoben worden. Die Frage, wer von den Parteien eines Arbeitsvertrages für das Erreichen oder Nichterreichen eines mit der Arbeit bezweckten Erfolgs im Sinne der Gefahrtragungslehre einzustehen hat, spielt im Leben eine erhebliche Rolle. War doch der Arbeitsvertrag nur abgeschlossen worden, weil ein solcher Erfolg erreicht werden sollte! Ging doch das Bemühen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur darauf hin, ein Resultat zu schaffen, das für den einen oder anderen oder beide einen Nutzen hat. Aus diesem Grunde erschien es richtig, den Arbeitserfolg voranzustellen und zu untersuchen, welche Folgen sich bei zufälliger Verhinderung der Erreichung des Arbeitserfolgs für die Beteiligten ergeben.

Es hat sich gezeigt, daß es nicht möglich ist, die Gefahrtragung bei allen Arbeitsverträgen gleich zu behandeln. Das liegt daran, daß es große Unterschiede zwischen den einzelnen Verträgen und Vertragsarten gibt. Der Dienstvertrag eines Dienstmädchens, der industrielle Arbeitsvertrag, der Werkvertrag, der Geschäftsbesorgungsvertrag, alle müssen individuell angefaßt werden. Weiterhin hat sich ergeben, daß die Begriffe des BGB z. T. nicht ausreichen und den Tatsachen des Lebens gegenüber versagen. Das soll kein Vorwurf gegen das Gesetz sein. Es konnte z. Zt. der Entstehung des BGB nicht geahnt werden, welche Entwicklung das Arbeitsrecht durchmachen, wie der Krieg eingreifen, die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen sich ändern würden. Durch Krieg, Unruhen, Streiks, Kohlenmangel, wirtschaftliches Elend, ist das Risiko im Arbeitsvertrag zum Brennpunkt aller Probleme geworden. Dieser Entwicklung gegenüber hat sich gezeigt, daß auch für diese Frage nach der Gefahrverteilung mit den im BGB gebrauchten Begriffen „Gefahr, Gefahrtragung, Unmöglichkeit, Annahmeverzug, Mitwirkungshandlungen", nicht auszukommen war. Überall hatte sich eine freiere Meinung gebildet. Die Risikoverteilung ist oft außerhalb und gegen die Vorschriften des BGB vorgenommen worden. Eine Folge davon ist mit Notwendigkeit, daß die Rechtssprechung außerordentlich geschwankt hat und dadurch große Unsicherheit hervorgerufen ist. Diese wird so lange anhalten, als für die Gefahrverteilung im Arbeitsvertrag nicht erhebliche gesetzliche Änderungen vorgenommen werden.

Es ist deshalb versucht worden, auch eine Gefahrverteilung auf freierer Grundlage vorzunehmen. Dabei ist aber doch von den Begriffen des BGB ausgegangen worden. So ist das Wesen einer Erfolgsgefahrtragung und ihr Verhältnis zur Gefahrtragung betrachtet worden; es wurde weiterhin das Verhältnis von Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug in den Vordergrund geschoben. Hierbei haben wir uns auf den Standpunkt gestellt, daß eine wirkliche Verteilung der Ge-

fahr nur möglich ist, wenn das Wesen der beiden Vertragsarten Dienst- und Werkvertrag eingehend berücksichtigt wird. Das ist geschehen und hat zu annehmbaren Ergebnissen geführt, die sich teilweise den Bestimmungen des BGB unmittelbar nicht entnehmen lassen.

Bei der Behandlung der Gefahrtragung bei Annahmeverzug haben wir uns der neueren Meinung angeschlossen, die den Annahmeverzug der Unmöglichkeit gegenüber erweitert. Von diesem Ausgangspunkt allein ist es möglich, einen Weg zu finden, den Arbeitnehmer zu entlasten. Gleichzeitig hat sich aber auch gezeigt, daß diese Lehre nicht befriedigt, weil sie bei konsequenter Anwendung dem Arbeitgeber wieder zu viel Gefahren, insbesondere beim modernen Arbeitsvertrag, aufbürdet. Ganz bewußt ist dann eine Entlastung des Arbeitgebers durch Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken versucht worden: dem Arbeitgeber soll beim Dienstvertrag ein Teil des Risikos genommen werden, wenn sein Annahmeverzug auf höherer Gewalt beruht. Diese allgemeine Gefahrabwälzung läßt sich aus dem Gesetz nicht entnehmen, sie hat aber ihre Berechtigung, wenn die Stellung der Parteien im Dienstvertrag und ihr Verhältnis zur Gefahrteilung richtig erkannt wird. Beim Werkvertrag erscheint diese Ausnahme beim Annahmeverzug nicht gerechtfertigt. Die Gefahr ist hier gänzlich anders verteilt. Es sollte auch nicht Zweck der Arbeit sein, Dienst- und Werkvertrag grundsätzlich gleich zu behandeln und ein Schema der Gefahren und Gefahrenkreise aufzustellen, aus dem heraus ein Resultat für jeden einzelnen Fall sofort abzulesen ist. Für eine solche schematische Behandlung der Erfolgsgefahrtragung bei Dienst- und Werkvertrag ist kein Raum. Der konstruktive Geist versagt den Tatsachen gegenüber. Es muß mehr darauf abgestellt werden, inwieweit ein Einstehenmüssen der Parteien eines Arbeitsvertrages für das Resultat berechtigt ist. Es darf nicht rein dogmatisch der Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung betrachtet werden, sondern es muß versucht werden, die Gefahrverteilung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, des Zwecks und der Idee der beiden Vertragsarten Dienst- und Werkvertrag vorzunehmen.

Sollte einmal an eine Neuschaffung des Zivil- und Arbeitsrechts herangegangen werden, dann würden sich für die Risikoverteilung folgende große Probleme und Fragen erheben:

1. Wie soll das tatbestandliche Verhältnis von Dienst- zu Werkvertrag aussehen? Erscheint es richtig, die beiden Vertragsarten beizubehalten oder soll ein Oberbegriff des Arbeitsvertrages mit verschiedenen Modifikationen aufgestellt werden?
2. Sind die Begriffe „Gefahr, Gefahrtragung, Erfolgsgefahr" verwendbar oder was soll an ihre Stelle treten?
3. Welche Rolle soll das „Substrat" der Arbeit spielen? Werden die Begriffe Annahmeverzug und Unmöglichkeit Anwendung finden und in welchem Umfang? Was soll anstelle des Begriffs „Mitwirkungshandlungen" treten?

Hier ungefähr liegen die Grundprobleme, die gelöst werden müssen, wenn eine richtige Verteilung der Erfolgsgefahr gefunden werden soll. Sind sie gelöst, dann kann man weiter an die kleinen Fragen herangehen, also prüfen, welchen Einfluß der Tod der Vertragsparteien haben soll, welche Kündigungsvorschriften anwendbar sind und in welchen Fällen Aufwendungen usw. zu ersetzen sind.

Es wird eine schwierige, aber schöne und dankbare Aufgabe sein, hier für die Zukunft Neues schaffen zu können. Der Arbeitsvertrag in all seinen Erscheinungsformen ist so eng mit dem ganzen Leben verbunden, daß man ihn in den Mittelpunkt einer neuen Gesetzgebung stellen kann. Der Anfang hierzu ist durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Jan. 1934 gemacht worden. Die in ihm getroffene Regelung der Zusammenarbeit zwischen dem Unternehmer als Führer des Betriebes und den Vertrauensleuten der Arbeitnehmerschaft im Vertrauensrat, dem der Betriebsführer als Vorsitzender angehört, ist die Grundlage,

von der aus nicht nur ein äußerliches Zusammenarbeiten gewährleistet wird, sondern auf der auch eine Arbeitsgemeinschaft im Sinne des neuen Staats entstehen kann. Einen wichtigen Teil des Arbeitsrechts wird die Behandlung der Gefahrtragung und Risikoverteilung bilden. Eine richtige Lösung dieser Probleme und eine gerechte Verteilung der Erfolgsgefahr wird für die gesamte Entwicklung des Arbeitsrechts von großem Vorteil sein. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen in Zukunft fühlen, daß sie gemeinsamen Schaden und Nutzen im Sinne einer wirklichen Arbeitsgemeinschaft zu tragen haben.

Lebenslauf.

Am 11. April 1911 wurde ich in Rastenburg Ostpr. als Sohn des Präparandenlehrers Kurt Schrödter und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Kruczinski, geboren. Nach Beendigung meiner Vorschulzeit besuchte ich das Gymnasium in Rastenburg von Ostern 1920 bis Weihnachten 1921. Mein Vater wurde 1920 als Seminarlehrer nach Aschersleben und 1926 von dort als Studienrat nach Halberstadt versetzt. Ich besuchte in Aschersleben das Reform-Realgymnasium von 1922 bis 1926 und darauf in Halberstadt das Realgymnasium, das ich Ostern 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte dann Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. Br. und Halle. Während meiner Studienzeit hörte ich bei den Herrn Kern, Hoeniger, Diehl, v. Schwerin, Küppers, Schwarz, Schultz, Forsthoff, Erik Wolf, Marschall v. Bieberstein, Bilfinger, Boehmer, Hein, Jahn, Schmidt, Sommerlad, Kitzinger, Ruth, Joerges, Fleischmann, Schmaltz, Jecht und Aubin. Am 13. Februar 1933 bestand ich am Oberlandesgericht Naumburg die 1. juristische Staatsprüfung. Zur Zeit stehe ich im Vorbereitungsdienst am Landgericht in Halberstadt.

Herrn Prof. Dr. Boehmer möchte ich an dieser Stelle nochmals für die Anregung zu der vorliegenden Arbeit danken.